

DIE SOZIALADÄQUANZ
UND IHRE BEDEUTUNG
IM ARBEITSKAMPFRECHT

Albert Weireter

1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543127_0030

DIE SOZIALADÄQUANZ UND IHRE BEDEUTUNG
IM ARBEITSKAMPFRECHT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Albert Weireter

1965

Referent: Professor Dr. iur. Gustav-Adolf BULLA
Korreferent: Professor Dr. iur. Fritz von HIPPEL

Tag der mündlichen Prüfung: 26. 2. 1965



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Literaturverzeichnis	XIV
A. Einleitung	1
1. Die Sozialadäquanz als notwendiges Rechtsprinzip	1
2. Aufbau der Arbeit	1
B. Die Sozialadäquanz als allgemeines Rechtsprinzip	3
I. Entwicklungsgeschichtliches	3
§ 1 Die Lehre Welzels als Ausgangspunkt und ihre Kritik im Rahmen der Strafrechtswissenschaft	3
1. Die Lehre Welzels von der Sozialadäquanz und ihrer Zuordnung zur Tatbestandslehre	3
2. Die Kritik dieser Lehre	7
3. Die korrigierte Lehre Welzels von der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund	9
4. Die gegen die abgewandelte Lehre erhobenen Einwendungen	10
5. Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen	11
§ 2 Die Übertragung des Gedankens von der sozialen Adäquanz auf die Bereiche des Zivilrechts	13
1. Das Constanze-Urteil des Bundesgerichtshofs	13
2. Die mit der Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verbundenen Schwierigkeiten	15
3. Die Lösung des Problems über die (tatbestandsausschließende) Sozialadäquanz	17
4. Die Kritik in der Zivilrechtswissenschaft	18
5. Die Sozialadäquanz als Unrechtsausschließungsgrund	19
6. Der Sonderfall des verkehrsrichtigen Verhaltens	20
a) Der Beschluß des Großen Senats des BGH vom 4. 3. 57	20
b) Das Echo auf diesen Beschluß in der Zivilrechtswissenschaft	21
7. Zusammenfassung	22
II. Die Bedeutung des Begriffs der Sozialadäquanz	23
§ 3 Das Wesen und die Funktion der sozialen Adäquanz im allgemeinen	23
1. Das Verhältnis der Sozialadäquanz zu anderen allgemeinen Rechtsbegriffen	23
a) Sozialadäquanz und Treu und Glauben;	
Sozialadäquanz und Fahrlässigkeit	23

b)	Sozialadäquanz und Zumutbarkeit	24
c)	Sozialadäquanz und Sozialverwerflichkeit	24
d)	Sozialadäquanz und gute Sitten; ihr Verhältnis zur Sitte	24
2.	Wesen und Funktion der Sozialadäquanz	27
a)	Die abstrakte Regelung unserer Rechtsordnung als Anknüpfungspunkt	27
b)	Die Unzulänglichkeit dieser Regelung und das Ausweichen auf die Generalklausel	28
c)	Der materiale Gerechtigkeitsgedanke als Orientierungspunkt; die materiale Komponente der Sozialadäquanz	31
d)	Die formale Komponente der Sozialadäquanz	33
e)	Das Ergebnis	34
3.	Die Abgrenzung zur normativen Kraft des Faktischen und zum Gewohnheitsrecht	34
a)	Zur normativen Kraft des Faktischen	34
b)	Zum Gewohnheitsrecht	35
4.	Die mit der Anwendung der Sozialadäquanz als einer Generalklausel verbundenen Gefahren und die Notwendigkeit ihrer Zurückdrängung zu Gunsten des positiven Rechts	36
5.	Die zusammenfassende Stellungnahme	39
§ 4	Inbesondere ihr Standort innerhalb der Rechtssystematik	40
1.	Ausgangspunkt und Problematik	40
2.	Die Sozialadäquanz in ihrer tatbestandsausschließenden Wirkung	40
3.	Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund	42
4.	Die Sozialadäquanz als Schuldaußschließungsgrund	44
5.	Die Bedeutung der Sozialadäquanz außerhalb des Deliktsrechts	46
6.	Die Sozialadäquanz als gesetzesinterpretierendes, gesetzeskontrollierendes und gesetzeskorrigierendes Rechtsprinzip	47
7.	Zusammenfassung	48
C.	Die Bedeutung der Sozialadäquanz im Arbeitskampfrecht	49
§ 5	Allgemeines über den Begriff der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht	49
§ 6	Verfassungsrechtliche Kampffreiheit und Sozialadäquanz	51
1.	Die verschiedenen Versuche für die Begründung der Kampffreiheit	51

2. Ihr Verhältnis zur Sozialadäquanz	54
3. Zusammenfassung	56
§ 7 Die Begründung der Sozialadäquanz aus der geschichtlichen Entwicklung des Arbeitskampfes (die traditional-formale Komponente der Sozialadäquanz im Arbeitskampfrecht)	57
1. Die Festlegung des Ausgangspunktes	57
2. Die Entwicklung des Streiks	57
a) Seine Anfänge	57
b) Sein erster Höhepunkt durch die Aufhebung der Koalitionsverbote	60
c) Die Blütezeit nach Aufhebung des Sozialistengesetzes	61
d) Die Spätzeit nach dem ersten Weltkrieg	62
e) Die Gegenwart	62
3. Die Geschichte der Aussperrung (Anhang)	63
4. Das zusammenfassende Ergebnis	64
§ 8 Die sozialethische Rechtfertigung der Sozialadäquanz (die sozial-ethisch-materiale Komponente der Sozialadäquanz)	65
1. Die einzelnen Meinungen als Anknüpfungsmoment	65
2. Die innere Begründung für die Rechtfertigung des Arbeitskampfes	67
3. Zusammenfassung	70
§ 9 Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund und ihr Verhältnis zu den Begriffen Rechtmäßigkeit, Legalität und Legitimität	71
1. Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund	71
2. Das Verhältnis von Sozialadäquanz, Rechtmäßigkeit, Legalität und Legitimität	72
3. Ergebnis	75
§ 10 Die Grenzen der deliktischen Sozialadäquanz im Arbeitskampfrecht	76
1. Die Thesen Nipperdeys	76
2. Der Ansatzpunkt für die Methodik eines eigenen systematischen Lösungsversuchs	77
3. Die aus dem Interessenabwägungsprinzip als solchem sich ergebenden Grenzen	79
a) Das Erfordernis der Regelung der Arbeitsbedingungen als Kampfziel	79
b) Das Erfordernis des Angriffs auf den sozialen Gegenspieler	
Der politische Streik	80
Der Sympathiestreik	84
c) Das Erfordernis der ultima ratio	84
4. Die durch das Betriebsverfassungsrecht gesetzten Grenzen	86

5. Die durch Amtspflichten gesetzten Grenzen	87
6. Die durch Verbandsrecht gesetzten Grenzen	88
7. Die durch die tarifliche Ordnung gesetzten Grenzen	89
a) Der tarifwidrige Arbeitskampf	89
b) Der nicht um ein kollektivrechtlich zulässiges Ziel geführte Arbeitskampf	92
c) Insbesondere der um übertarifliche Arbeitsbedingungen geführte Arbeitskampf	93
d) Der wilde Streik	93
e) Der gegen den Grundsatz des Fortbestehens der Tarifgebundenheit über die Mitgliedschaft beim Tarifverband hinaus (§ 3 III TVG) verstoßende Arbeitskampf	96
f) Der gegen die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages gerichtete Arbeitskampf	98
8. Die durch die allgemeine bürgerliche Rechtsordnung gezogenen Grenzen (Fairnesserfordernis und unzulässige Rechtsausübung)	99
9. Der gegen allgemein-volkswirtschaftliche Interessen verstoßende Arbeitskampf	105
a) Die Lehre Bullas	105
b) Die eigene Stellungnahme	107
10. Die durch das Strafrecht gezogenen Grenzen	109
11. Die Besonderheiten des Abwehrkampfes	110
12. Zusammenfassung	111
§ 11 Sozialadäquanz und Tarifvertrags- und Individualarbeitsvertragsrecht	113
1. Sozialadäquanz und Tarifvertragsrecht	113
2. Sozialadäquanz und Individualarbeitsvertragsrecht	115
a) Der Stand der Meinungen in Lehre und Rechtsprechung	115
b) Die eigene Stellungnahme	117
c) Insbesondere die Suspendierungstheorie bei der Aussper- rung	120
3. Ergebnis	121
D. Sonstige Erscheinungsformen der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht (Ausblick)	122
1. Die Bedeutung des arbeitsrechtlichen Begriffs der Sozialadäquanz über das Arbeitskampfrecht hinaus	122
2. Die verschiedenen Erscheinungsformen	122
3. Insbesondere Sozialadäquanz und Kündigungsschutz	123

4. Der Gedanke der Sozialadäquanz bei der Grenzziehung zwischen Kollektivmacht und Individualsphäre	124
5. Die abschließende Würdigung	124
Lebenslauf	125

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Auffassung
aaO	am angegebenen Ort
AblBayArbMin	Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge (Jahr, Teil und Seite)
Abs.	Absatz
ACP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
a. E.	am Ende
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (Band und Seite)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte (Jahr und Nummer), jetzt Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbG	Der Arbeitgeber (Jahr und Seite)
ArbRB1	Arbeitsrecht-Blattei, Blattei-Handbuch, Rechts- und Wirtschafts-Praxis
ArbuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis (Jahr und Seite)
ARS	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Band und Seite)
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten (Band und Nummer)
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band und Seite)
BayVGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayer. Verfassungsgerichtshofs und des Bayer. Dienststrafhofs, Neue Folge (Band und Seite)

IX

BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
Bd.	Band
Betr.	Der Betrieb (Jahr und Seite)
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite)
Binding, Lehrbuch	Karl Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band (2. Aufl., 1902)
BK	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Bonner Kommentar (1950)
Bl.	Blatt
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
Brockhaus	Der große Brockhaus (16. Aufl., 1952 - 1958)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
DAR	Deutsches Autorecht (Jahr und Seite)
d. h.	das heißt
Dietz, BetrVG	Rolf Dietz, Betriebsverfassungsgesetz (3. Aufl., 1960)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite)
Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht	Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse
Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil	Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts
Entsch.	Entscheidungen
f	und die folgende Seite

Festschrift für Hedemann	Recht und Wirtschaft, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zu seinem 80. Geburtstag am 24. April 1958 (1958)
Festschrift für Herschel	Festschrift für Wilhelm Herschel, Beiträge zu Problemen des neuzeitlichen Arbeitsrechts (1955)
Festschrift für Nipperdey	Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag (1955)
Festschrift für Sitzler	Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht, Festschrift für Friedrich Sitzler zu seinem 75. Geburts- tag (1956)
ff	und die folgenden Seiten
Forsthoff-Hueck, Gutachten	Forsthoff-Hueck, Die politischen Streikaktionen des Deutschen Gewerk- schaftsbundes anlässlich der parlamentarischen Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung, Zwei Rechtsgutachten (1952)
Frank, StGB	Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (15. Aufl., 1924)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Bonner Grundgesetz
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte (Jahr und Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GS	Großer Senat
GSZ	Großer Senat für Zivilsachen
HdbArbw	Handbuch der Arbeitswissenschaft (1928 - 1930)
HdwbGew	Internationales Handwörterbuch des Gewerkschaftswesens (1931 - 1932)
HdwbSoz	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (1956 - vor- erst 1959)

HdwbSt	Handwörterbuch der Staatswissenschaften (4. Aufl., 1923 - 1929)
h. L.	herrschende Lehre
Huber, WirtschVerwR II	Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht (2. Aufl., 1953/1954)
Hueck, Lehrbuch	Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band (1959)
insbes.	insbesondere
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
LAG	Landesarbeitsgericht
Larenz, Schuldrecht	Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil
Lehmann, Allgem. Teil	Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
LK	Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar
LM	Lindemaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Zivilsachen)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MonKrimBi	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform (Jahr und Seite)
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Nikisch, Lehrbuch II	Arthur Nikisch, Arbeitsrecht, Zweiter Band (2. Aufl., 1959)
Nipperdey, Gutachten	H. C. Nipperdey, Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfas- sungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. - 29. Mai 1952 entstanden sind (1953)

Nipperdey, Lehrbuch	Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band (1957)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Palandt	Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (19. Aufl., 1960)
PersVG	Personalvertretungsgesetz
R	Rückseite
RdA	Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band und Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (Band und Seite)
S.	Seite, Satz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr und Seite)
scil.	scilicet
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte (Band und Seite)
Soergel	Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch (8. Aufl., 1952)
Staudinger	J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz- buch und dem Einführungsgesetze
StGB	Strafgesetzbuch
SüddJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr und Seite)
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	unter anderem
u. a. m.	und andere mehr
usf.	und so fort
usw.	und so weiter

VersR	Versicherungsrecht (Jahr und Seite)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung (Band und Seite)
WA	Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung (Jahr und Seite)
WbVolksw	Wörterbuch der Volkswirtschaft (4. Aufl., 1931 - 1933)
Welzel, Bild	Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems
Welzel, Strafrecht	Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht (in seinen Grundzügen)
Welzel, Strafrecht, Allgem. Teil	Hans Welzel, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen (1940)
WV	Weimarer Verfassung
WWI	Mitteilungen des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften Köln (Jahr und Seite)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (Jahr und Seite)
z. B.	zum Beispiel
Z.	Ziffer
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Band und Seite)

LITERATURVERZEICHNIS

1. Lehrbücher:

- | | |
|----------------------|--|
| Baumann, Jürgen | Strafrecht, Allgemeiner Teil (2. Aufl., 1961) |
| Binding, Karl | Handbuch des Strafrechts, Erster Band (1895) |
| Binding, Karl | Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band (2. Aufl., 1902) |
| Bobrowski-Gaul | Das Arbeitsrecht im Betrieb (3. Aufl., 1959 und 4. Aufl., 1962) |
| Coing, Helmut | Grundzüge der Rechtsphilosophie (1950) |
| Cosack-Mitteis | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band (8. Aufl., 1927) |
| Crone, Hans | Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (1934) |
| Dahm, Georg | Deutsches Recht (1951) |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse (14. Aufl., 1954 und 15. Aufl., 1958) |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (14. Aufl., 1952/1955 und 15. Aufl., 1959/1960) |
| Esser, Josef | BGB, Schuldrecht (1. Aufl., 1949, 2. Aufl., 1960) |
| Huber, Ernst Rudolf | Wirtschaftsverwaltungsrecht (2. Aufl., 1953/1954) |
| Hueck-Nipperdey | Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band (1./2. Aufl., 1930 und 3.-5. Aufl., 1932) |
| Hueck-Nipperdey | Lehrbuch des Arbeitsrechts (6. Aufl., 1957/1959) |
| Jellinek, Georg | Allgemeine Staatslehre (3. Aufl., 1959) |
| Kaskel-Dersch | Arbeitsrecht (4. Aufl., 1932 und 5. Aufl., 1957) |
| Koellreutter, Otto | Deutsches Staatsrecht (1953) |
| Köst, Ewald | Arbeitsrecht (1960) |
| Larenz, Karl | Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil (1. Aufl., 1956, 2. Aufl., 1957, 3. Aufl., 1959 und 4. Aufl., 1960) |
| Lehmann, Heinrich | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (10. Aufl., 1957 und 12. Aufl., 1960) |

Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht (9. Aufl., 1959)
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil (1. Aufl., 1954 und 2. Aufl., 1958)
Maurach, Reinhart	Grundriß des Strafrechts, Allgemeiner Teil (1948)
Mayer, Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil (1953)
Mezger, Edmund	Strafrecht, I. Allgemeiner Teil (1948, 4. Aufl., 1952, 5. Aufl., 1954 und 8. Aufl., 1958)
Mezger, Edmund	Strafrecht, II. Besonderer Teil (6. Aufl., 1958)
Nawiasky, Hans	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe (2. Aufl., 1948)
Nikisch, Arthur	Arbeitsrecht, Zweiter Band (2. Aufl., 1959)
Nikisch, Arthur	Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (1934)
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig	Arbeitsrecht (2. Aufl., 1954)
Tuhr, Andreas von	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band (1910)
Turegg, Kurt	Lehrbuch des Verwaltungsrechts (1950)
Weber, Hellmuth von	Grundriß des deutschen Strafrechts (1946)
Welzel, Hans	Das deutsche Strafrecht (in seinen Grundzügen) (1. Aufl., 1947, 2. Aufl., 1949, 3. Aufl., 1954, 4. Aufl., 1954, 6. Aufl., 1958 und 7. Aufl., 1960)
Welzel, Hans	Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen (1940)
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I. (3. Aufl., 1959)

2. Kommentare:

Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch (13. Aufl., 1959)
Bochalli, Alfred	Bundesbeamtengesetz (2. Aufl., 1958)
Dietz, Rolf	Betriebsverfassungsgesetz (3. Aufl., 1960)
Dreher-Maassen	Strafgesetzbuch (2. Aufl., 1956)
Erdmann, Gerhard	Das Betriebsverfassungsgesetz (2. Aufl., 1954)

Ermann, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2. Aufl., 1958)
Fitting-Heyer	Personalvertretungsgesetz (2. Aufl., 1956)
Frank, Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (15. Aufl., 1924)
Giese, Friedrich	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1955)
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz (1956)
Hueck-Nipperdey-Tophoven	Tarifvertragsgesetz (3. Aufl., 1955)
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch (41. Aufl., 1956)
Landmann-Rohmer	Gewerbeordnung, Zweiter Band (11. Aufl., 1956)
Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, I. Band (2. Aufl., 1957)
Maunz-Dürig	Grundgesetz (1959)
Maus, Wilhelm	Tarifvertragsgesetz (1956)
Meissinger, Hermann	Betriebsverfassungsgesetz (1952)
Olshausen, Justus v.	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (12. Aufl., 1942)
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch (19. Aufl., 1960)
Planck, Dr. G.	Bürgerliches Gesetzbuch, Zweiter Band (3. Aufl., 1907)
Plog-Wiedow	Kommentar zum Bundesbeamten-gesetz (1958)
Schönke, Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar (2. Aufl., 1944, 4. Aufl., 1949, 5. Aufl., 1951, 6. Aufl., 1952, 7. Aufl., 1954, 8. Aufl., 1957, 9. Aufl., 1959, 10. Aufl., 1961)
Schwarz, Otto	Strafgesetzbuch (21. Aufl., 1958)
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch (24. Aufl., 1962)
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch (8. Aufl., 1952)
—	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgege- ben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (10. und 11. Aufl.)

— J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze (9. und 11. Aufl.)

— Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Bonner Kommentar (1950)

— Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (8. Aufl., 1957/1958)

3. Monographien, Dissertationen:

ab-Yberg Die Strikes und ihre Rechtsfolgen (1903)

Begemann, Helmut Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb (ca. 1958)

Bernstein, Eduard Der Streik, sein Wesen und sein Wirken (1906)

Bertele, Franz Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung (1960)

Bräutigam, Ernst Der arbeitsrechtliche Kampfstreik als Eingriff in das Recht am Unternehmen (1958)

Brox-Rüthers Arbeitskämpfrecht (1965)

Bueckling, Adrian Zur Frage der Rechtmäßigkeit des politischen Streiks (1956)

Calker, Fritz v. Frauenheilkunde und Strafrecht (1908)

Deutsch, Erwin Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt (1963)

Doerk, Klaus Der Streik als unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB (1954)

Dohna, Alexander Graf zu Recht und Irrtum (1925)

Engisch, Karl Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (1953)

Grote, Hermann Der Streik, Taktik und Strategie (1952)

Hartung, Otto Der Streik, Sein Begriff, seine Arten und die Voraussetzungen seiner Rechtmäßigkeit (1934)

Hedemann, Justus Wilhelm

Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat (1933)

Hirsch, Fritz

Die arbeitsrechtlichen Koalitionskämpfe außerhalb tariflicher Bindung nach geltendem Recht (1927)

Hohenester, Hermann	Die Grenzen der Streikfreiheit im Hinblick auf die Arbeitsniederlegung als solche (1956)
Jacobi, Erwin	Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe (1926)
Jahn, Friedrich	Reichsgericht und Koalitionsrecht (1931)
Kaiser, Joseph H.	Der politische Streik (1955)
Kaskel, Walter	Koalitionen und Koalitionskampfmittel (1925)
Niese, Werner	Streik und Strafrecht (1954)
Niese, Werner	Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit (1951)
Osswald, Richard	Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen (1954)
Ramm, Thilo	Die Parteien des Tarifvertrages (1961)
Ramm, Thilo	Kampfmäßnahme und Friedenspflicht im deutschen Recht (1962)
Roskoschny, Hermann	Geschichte des Streiks (1890)
Schippel, Helmut	Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (1956)
Seeler, Hans Joachim	Der Arbeitskampf in der deutschen und ausländischen Gesetzgebung (1958)
Siebrecht, Fritz	Das Recht im Arbeitskampf (2. Aufl., 1956)
Wagner, Hans Hein	Das sogenannte Recht am Gewerbebetrieb (1933)
Welzel, Hans	Das neue Bild des Strafrechtssystems (1. Aufl., 1951, 3. Aufl., 1957, 4. Aufl., 1961)
Welzel, Hans	Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte (1961)
Wiethölter, R.	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens (1960)
Ziskoven, Heinrich	Die Bedeutung des § 826 BGB für das Arbeitsrecht (1930)

4. Festschriften:

- Recht und Wirtschaft, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zu seinem 80. Geburtstag am 24. April 1958 (1958)
- Festschrift für Wilhelm Herschel, Beiträge zu Problemen des neuzeitlichen Arbeitsrechts (1955)

Festschrift für Heymann (1940)

Festschrift für Mezger (1954)

Festschrift für E. Molitor (1962)

Festschrift für H. C. Nipperdey zum 60. Geburtstag (1955)

Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag (1965)

Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift deutscher Juristentag (1960)

Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht, Festschrift für Friedrich Sitzler zu seinem
75. Geburtstag (1956)

5. Zeitschriften:

Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge

Arbeit, Die

Arbeitgeber, Der

Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis

Archiv des öffentlichen Rechts

Archiv für die civilistische Praxis

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie

Betrieb, Der

Betriebsberater, Der

Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht

Deutsche Richterzeitung

Deutsches Autorecht

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

Gewerkschaftliche Monatshefte

Juristenzeitung

Juristische Rundschau

Juristische Wochenschrift

Mitteilungen des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften Köln

Monatsschrift für Deutsches Recht

Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform

Neue Juristische Wochenschrift

öffentliche Verwaltung, Die

Recht der Arbeit

Reichsarbeitsblatt

Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland

Süddeutsche Juristenzeitung

Versicherungsrecht

Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis

6. Entscheidungssammlungen:

Arbeitsrecht in Stichworten

Arbeitsrechtliche Praxis, Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts,
der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte, jetzt

Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts

Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

Lindenmaier - Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Zivilsachen)

Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen

Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Ent-
scheidungen des Bayer. Verfassungsgerichtshofs und des Bayer. Dienst-
strafhofs, Neue Folge

Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte

Verkehrsrechtssammlung

Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung

7. Sonstiges:

Abendroth-Schnorr v. Carolsfeld

Die Berechtigung gewerkschaftlicher Demonstrationen für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Wirtschaft (1953)

Forsthoff-Hueck

Die politischen Streikaktionen des Deutschen Gewerkschaftsbundes anlässlich der parlamentarischen Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung, Zwei Rechtsgutachten (1952)

Hessel, Philipp

Das Bundesarbeitsgericht zum Arbeitskampfrecht, Der Beschluß des Großen Senats vom 28. Januar 1955 (1955)

Hoffmeister, Johannes

Wörterbuch der philosophischen Begriffe (2. Aufl., 1955)

Maus, Wilhelm

Handbuch des Arbeitsrechts

Nikisch, Arthur

Die privatrechtlichen Wirkungen des sog. Streikrechts (1951)

Nipperdey, H. C.

Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27.-29. Mai 1952 entstanden sind (1953)

Arbeitsrecht-Blattei, Blattei-Handbuch, Rechts- und Wirtschafts-Praxis

Beiträge zum Wirtschaftsrecht (1931)

Der große Brockhaus (16. Aufl., 1952 - 1958)

Handbuch der Arbeitswissenschaft (1928 - 1930)

Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (1956 - vorerst 1959)

Handwörterbuch der Staatswissenschaften (4. Aufl., 1923 - 1929)

Internationales Handwörterbuch des Gewerkschaftswesens (1931 - 1932)

Staatslexikon (6. Aufl., 1957 - vorerst 1959)

— Staatslexikon, Das (3. Aufl., 1856)

— Wörterbuch der Volkswirtschaft (4. Aufl., 1931 - 1933)

A. EINLEITUNG

1. Die Sozialadäquanz als notwendiges Rechtsprinzip:

Das Recht ordnet die Lebensverhältnisse der Gemeinschaft. Zur Erfüllung dieser seiner Aufgabe bedient es sich fester Rechtsregeln, die den gesetzlichen Tatbestand und die daran geknüpften Rechtsfolgen meist genau umschreiben und bestimmen. Dieses System ist im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit unumgänglich notwendig; aber es führt zwangsläufig zu einer gewissen Starrheit und Strenge, die dem einzelnen individuellen Lebenssachverhalt oft nicht gerecht werden können. Das macht sich vor allem da bemerkbar, wo die durch eine schnell fortschreitende technische und soziale Entwicklung neu geschaffenen Situationen eine besondere rechtliche Beurteilung erheischen. Ein modernes lebensfähiges Recht muß einem solchen Mangel selbstverständlich abhelfen, insbesondere auch eine schnelle Anpassung an gewandelte Verhältnisse ermöglichen, weil es sonst als lebensfremdes Recht bald überlebt ist. Der Weg, den es dabei geht, ist die Generalklausel. Über sie werden in das Recht die erforderliche Geschmeidigkeit und Elastizität hineingetragen, und eine im Einzelfall unangebrachte Härte und Strenge durch eine dehnbare, nachgebende und freie Gestaltbarkeit aufgelockert. Diesem Zweck dient auch die Sozialadäquanz¹⁾.

2. Aufbau der Arbeit:

Die Sozialadäquanz orientiert sich an der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens. Sie ist wesensmäßig ein genereller, die gesamte Rechtsordnung beherrschender und in ihrer Grundstruktur für alle Rechtsgebiete einheitlicher Begriff. Es wird deshalb im Rahmen dieser Arbeit zunächst der Versuch unternommen, ihr allgemeines Wesen näher zu erfassen, um so die methodischen Grundlagen für die Darstellung der besonderen Erscheinungsformen des Prinzips auf dem Gebiete des Arbeitsrechts zu schaffen.

Im zweiten Hauptteil kann es angesichts der Vielgestaltigkeit des "schillernden Begriffs"²⁾ nicht Aufgabe der Untersuchung sein, auf die unzähligen und vielfältigen Spielarten der Sozialadäquanz einzugehen. Die Darstellung beschränkt sich daher im wesentlichen auf die wichtigste Erscheinungsform, auf ihre Bedeutung als Recht-

1) die als echte Generalklausel verstanden wird.

2) Stoll, JZ 1958, 142.

fertigungsgrund im Arbeitskampfrecht. Die Außerachtlassung von Sonderfragen des Boykotts³⁾ rechtfertigt sich durch das völlige Zurücktreten seiner praktischen Bedeutung in unserem Arbeitsleben. In einem Ausblick soll das Problem berührt werden, inwieweit die Sozialadäquanz auch für andere Bereiche des Arbeitsrechts fruchtbar sein kann.

3) Vgl. Helle, NJW 1964, 1497 ff.

B. DIE SOZIALADÄQUANZ ALS ALLGEMEINES RECHTSPRINZIP

I. Entwicklungsgeschichtliches

§ 1

Die Lehre Welzels als Ausgangspunkt und ihre Kritik im Rahmen der Strafrechtswissenschaft

1. Die Lehre Welzels von der Sozialadäquanz und ihrer Zuordnung zur Tatbestandslehre:

Im Jahre 1939 ist in der "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft"¹⁾ eine Abhandlung Welzels; "Studien zum System des Strafrechts" erschienen, die die Grundlage für eine umfassende finale Handlungslehre werden sollte²⁾. In dieser Untersuchung prägt Welzel³⁾ den Begriff der "sozialen Adäquanz"⁴⁾.

Bei der Frage nach dem strafrechtlichen Unrecht kommt er im Rahmen der Rechtsgutsverletzungstheorie, welche das Verbrechen als Verletzung strafrechtlich geschützter Interessen (Rechtsgüter) ansieht, darauf zu sprechen³⁾, daß man die Rechtsgüter im wirklichen sozialen Lebensraum und nicht in einer unlebendigen und funktionslosen Welt sehen müsse. Die Rechtsgüter seien nicht mit Museumsstücken vergleichbar, die sorgfältig vor schädlichen Einflüssen in Vitrinen verwahrt, nur dem Blick der Beschauer freigegeben seien und in deren abgesicherte Sphäre nur der Verbrecher eingreife. Denn nur, wenn und soweit sie in Funktion seien, d. h. soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stünden, könne es sie geben. Das Dasein von Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum usw. sei In-

1) ZStW 58, 491 ff.

2) Zum ersten Mal entwickelt hat Welzel die Grundgedanken der finalen Handlungslehre in ZStW 51, 703 ff.

3) ZStW 58, 514 ff.

4) Hellmuth Mayer, Strafrecht. Allgem. Teil (1953), S. 144, Anm. 39, bezeichnet das Wort Adäquanz als unlateinisch; das Zeitwort *adaequare* sei transitiv und verlange ebenso wie sein Partizip *Präsens* nach dem Akkusativobjekt. Das abgeleitete Hauptwort könne also auch nur ein aktiv gleichmachendes Moment, aber niemals die Angepaßtheit selbst ausdrücken. H. Mayer ersetzt den Begriff der Adäquanz deshalb durch den der Adäquität. Auch Engisch, MonKrimBi 1939, 419, gebraucht diesen Ausdruck.

Funktion-Sein, d. h. in der sozialen Verbundenheit Wirkungen ausübend und Wirkungen erleidend. Und diese Wirkungen seien - auch in dem gedachten verbrechenslosen Urzustand - keineswegs bloß positiver (steigernder, mehrer), Art, sondern ebenso sehr und - weil alles soziale Leben im Einsatz und Verbrauch von Rechtsgütern bestehe - noch mehr negativer (beeinträchtigender) Art. Man denke daran, daß jede anstrengende Arbeit den Einsatz körperlicher Kräfte und damit die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlempfindens bedeute, daß der moderne Massenverkehr auf Eisenbahn, Straßenbahn oder Omnibus millionenfache Freiheitsbeschränkungen der Fahrgäste mit sich bringe. Man wolle sich ernsthaft überlegen, wieviel Beeinträchtigungen, Gefährdungen, Verletzungen von Rechtsgütern man im Laufe eines Tages innerhalb des durchschnittlichen sozialen Zusammenlebens ausübe und gleichzeitig erleide.

Und weiter: Man erwäge, daß sich das soziale Leben in den letzten Jahrzehnten in immer steigendem Maße mit riskanten Tätigkeiten erfüllt habe, mit Risiken, die jemand ausüben oder erleiden müsse und die bis zum Einsatz des Lebens gingen. Weil das Leben nun die Tendenz habe, sich an diese Risiken zu gewöhnen, blieben schließlich auch sie als alltägliche Bestandteile des sozialen Daseins unbeachtet; sie seien erlaubtes Risiko. Die moderne Verkehrsentwicklung von der Eisenbahn, deren Betrieb das Oberappell. Ger. München⁵⁾ noch im Jahre 1861 als an sich rechtswidrig erklärt hatte, sei das instruktivste Beispiel dafür. (Heute würde man wohl die Wandlung, die die Atomwissenschaft mit sich gebracht hat, als Beispiel anführen.)

All diese unzähligen und alltäglichen Beeinträchtigungen seien nicht Unrecht; denn der Sinn des Rechts bestehe nicht darin, daß es von unverletzt gedachten Rechtsgütern alle verletzenden Einwirkungen abwehre, sondern daß es von den unzähligen Funktionen, in denen das Rechtsgut wirkend und leidend darinstehe, nur die für ein sittlich-geordnetes Gemeinschaftsdasein unerträglichen auswähle und verbiete. Rechtsgüterschutz gebe es nur im Hinblick auf solche Beeinträchtigungen, die das Maß der notwendig vorauszusehenden, in welchen sich das geordnete Gemeinschaftsleben in lebendig tätigen Funktionen vollziehe, überstiegen. Darnach werden Rechtsgutverletzungen, die sich innerhalb dieser Grenzen, also der sozialen (mitmenschlichen) Ordnung halten, Rechtsgutverletzungen, welche sozialüblich und normal sind, von der Verbotsnorm nicht erfaßt; Handlungen, die sich innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen, sind als sozialadäquat erlaubt. An dieser Definition der

5) Vgl. SeuffArch 14, 354 ff, wo, um die Haftung der Bahn für die durch Funkenflug herbeigeführten Brandschäden zu begründen, ausgeführt wird, es sei an sich rechtswidrig, "nothwendig eine culpose Handlungsweise", mit einem so feuergefährlichen Ding, wie mit einer Lokomotive herumzufahren,

Sozialadäquanz hat Welzel trotz einiger formulierungsmäßiger Modifizierungen sachlich bis heute festgehalten: "Sozialadäquat sind alle Betätigungen, die sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen"⁶⁾ "und von ihr gestattet werden"⁷⁾.

So wird die Sozialadäquanz gekennzeichnet als ein werthafter Ordnungsbegriff, bestimmt nicht durch lediglich faktische Übungen, sondern durch geschichtliche Ordnungen, die sich aus- und fortbilden in dem Bedingungs Zusammenhang zwischen dem sachlichen Lebensbestand (z. B. der technischen Entwicklung) und den Werthaltungen, mit denen die Gemeinschaft wertend und ordnend auf den jeweiligen Daseinsbestand antwortet. Unter Hinzunahme dieser normativ-werthafter Seite sei die soziale Adäquanz ein immanentes Prinzip der Rechtsbildung; es bringe zum Bewußtsein, daß das gesetzlich normierte Recht stets eine sozialetisch und geschichtlich schon gestaltete Welt vorfinde, deren Ordnungen es befestige und weiterführe, die es aber niemals voll erschöpfen könne, und daß es sich daher stets entweder unmittelbar auf sie beziehen müsse oder daß seine Begriffe wenigstens mittelbar ihren Bedeutungsgehalt aus der Beziehung auf sie miterhielten⁸⁾.

Besondere Bedeutung mißt Welzel der sozialen Adäquanz bei den fahrlässigen Delikten bei. Das Maß der erforderlichen Sorgfalt bestimme sich - vom subjektiven Bestandteil der Fahrlässigkeit abgesehen - objektiv nach der sozialen Adäquanz, die in § 276 BGB ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden habe⁹⁾. Objektive Sorgfalt bedeute die Innehaltung des sozial adäquaten Maßes der Rechtsgütergefährdung. Sie sei nach dem sozialen Tätigkeitsbereich verschieden; je sozial wertvoller dabei der verfolgte Zweck sei, desto weitgehender gestatte das Recht eine Gefährdung von Rechtsgütern durch Handlungen, die zur Erreichung jener Zwecke notwendig seien¹⁰⁾.

Die von Welzel angeführten Beispiele für sozialadäquate Handlungen sind sehr zahlreich; sozialadäquat seien:

6) Welzel, Strafrecht, Allgem. Teil (1940), S. 33; derselbe, Strafrecht (1. Aufl., 1947), S. 35; so noch derselbe, Strafrecht (7. Aufl., 1960), S. 76.

7) Diese Ergänzung findet sich erst in Welzel, Strafrecht (4. Aufl., 1954), S. 62 und nunmehr in derselbe, Strafrecht (7. Aufl., 1960), S. 76, sowie in derselbe, Bild (4. Aufl., 1961), S. 25.

8) ZStW 58, 517 f, Fußnote 38.

9) ZStW 58, 557 ff; Welzel, Strafrecht, Allgem. Teil (1940), S. 81; derselbe, Strafrecht (1. Aufl., 1947), S. 83 f. So noch heute Welzel, Strafrecht (7. Aufl., 1960), S. 115 ff, und derselbe, Bild (4. Aufl., 1961), S. 32 f.

10) So Welzel, Bild (1. Aufl., 1951), S. 24; derselbe, Strafrecht (3. Aufl., 1954), S. 99, und derselbe, Bild (3. Aufl., 1957), S. 33, und Strafrecht (6. Aufl., 1958), S. 115.

Freiheitsbeschränkungen als normale Begleiterscheinungen des modernen Reiseverkehrs - keine Freiheitsbeschränkung liege darin, daß der Zug nur an bestimmten Stationen halte -,

Verletzungen und Tötungen im Gefolge des ordnungsgemäßen Betriebs sog. risikanter Unternehmungen wie Eisenbahnen, Bergwerke, Steinbrüche, Fabriken und dergl. - der Neffe begehe kein Verbrechen, der den Erbonkel zu einer Eisenbahnfahrt in der Absicht überredet, daß dieser bei einem Eisenbahnunglück ums Leben kommen möge, und wenn dies auch tatsächlich geschieht -,

alle kriegsadäquaten Handlungen wie kriegsmäßige Tötungen, Verletzungen, Zerstörungen usw. - der Soldat im Krieg, der seinen Feind erschießt, begehe keine Tötung -,

Drohungen mit verkehrsmäßigen Übeln beim Nötigungs- und Erpressungstatbestand, das Äußern gutgläubiger vertraulicher Mitteilungen im engsten Familienkreis, auch wenn sie ungünstig lauten, beim Beleidigungstatbestand u. a. m.¹¹⁾

Schließlich befaßt sich Welzel noch mit der Einordnung der sozialen Adäquanz innerhalb des Verbrechensaufbaus¹²⁾. Sozialadäquate Handlungen seien, auch wenn sie Güterverletzungen herbeiführen, keine deliktisch-tatbestandsmäßigen Handlungen. Diese begannen erst da, wo die soziale Adäquanz überschritten werde. Soziale Adäquanz sei immanentes Prinzip der Tatbestandsbildung. Die entgegengesetzte Meinung gehe von jener uneinsmäßigen Welt aus, in der die Rechtsgüter prinzipiell vor jeder Beeinträchtigung gesichert seien und wo jeder Eingriff daher grundsätzlich ein Verbrechen sei.

So versteht er den Begriff noch in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs: "Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen"¹³⁾. Erst die dritte Auflage des Buches, nunmehr "Das deutsche Strafrecht"¹⁴⁾ benannt, bringt als Folge der zwischenzeitlich erfolgten Kritik¹⁵⁾ die entscheidende Wendung¹⁶⁾.

11) Vgl. die Zusammenstellung bei Welzel, Strafrecht, Allgem. Teil (1940), S. 33 f.; derselbe, Strafrecht (1. Aufl., 1947), S. 36. Vgl. aber auch derselbe, Strafrecht, Allgem. Teil (1940), S. 81; derselbe, Strafrecht (1. Aufl., 1947), S. 83; ZStW 58, 517 f, 527 ff, 558; derselbe, Strafrecht (6. Aufl., 1958), S. 74 u. 115, und Bild (3. Aufl., 1957), S. 24 u. 33.

12) ZStW 58, 526 ff, aber auch S. 558; ferner Welzel, Strafrecht, Allgem. Teil (1940), S. 33 u. 81; derselbe, Strafrecht (1. Aufl., 1949), S. 35 ff.

13) Welzel, Strafrecht (2. Aufl., 1949), S. 36 u. 86.

14) Welzel, Strafrecht (3. Aufl., 1954), S. 61 u. 94 ff.

15) Vgl. Z. 2 !

16) Vgl. Z. 3. !

2. Die Kritik dieser Lehre;

Während Niethammer im Olshausenschen "Kommentar zum Strafgesetzbuch"¹⁷⁾ und Dahm in seinem Lehrbuch "Deutsches Recht"¹⁸⁾ die Welzelsche Lehre uneingeschränkt übernehmen¹⁹⁾, hat mit Dohnas Literaturbericht²⁰⁾ die Kritik, die sich zunächst vornehmlich gegen die Einordnung des Prinzips in den Verbrechenstatbestand wendet, längst eingesetzt.

Die Scheu Welzels, in den von ihm gebrachten Beispielen (Freiheitsbeschränkungen im Reiseverkehr, Unfälle beim Betrieb riskanter Unternehmungen, Sportverletzungen etc.) tatbestandsmäßige Handlungen anzunehmen, beruht nach Ansicht von Dohna auf einem scheinbar unausrottbaren Mißverständnis; als ob mit der Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit schon irgendwelche Mißbilligung verbunden wäre. Damit werde den Gegnern erst eine Betrachtungsweise unterschoben, die gerade ihnen völlig fern liege; es werde ein Argument verwandt, das erst diejenigen künstlich schüffen, denen es um die Widerlegung zu tun sei. Wer habe denn jemals behauptet, daß die Angehörigen der Wehrmacht eigentlich lauter Verbrechen begingen und nur

17) Bei Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch (12. Aufl., 1942), vor § 51, Anm. 4, wird ausgeführt: "'Handlungen, die sich im Rahmen der geschichtlich gewordenen sittlichen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen', erfüllen den Tatbestand eines Verbrechens auch dann nicht, wenn das, was geschieht, dem im Tatbestand beschriebenen Geschehen zu gleichen scheint Weil solche im ordnungsgemäßen Gang des Gemeinschaftslebens oft vorkommenden Handlungen - die Rechtslehre nennt sie 'sozialadäquat' (Welzel aO) - strafgesetzlichen Tatbeständen sachlich nicht unterfallen, besteht weder ein Bedürfnis noch ein Raum dafür, daß der Richter mit Rechtfertigungsgründen arbeite"

18) Nach Dahm, Deutsches Recht (1951), S. 627, ist da, wo ein Verhalten seiner Art nach nicht typischerweise rechtswidrig ist, schon der Tatbestand nicht erfüllt. "Das aber ist da der Fall, wo die Handlung sich im Rahmen des Normalen, des im Verkehr Üblichen, des Anständigen, des 'Sozialadäquaten' (Welzel) bewegt" (Sportverletzung, kunstgerechter Eingriff des Arztes). Das habe namentlich für ganz unbedeutende und geringfügige Eingriffe in die Rechte anderer zu gelten, weil sie die Rechtsordnung nicht fühlbar berühren.

Diese Formulierung erinnert an Engischs, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (1953), S. 140, sehr sinnfällige Kennzeichnung der Sozialadäquanz, wonach diese entweder auf Interessenübergewicht oder auf völliger Harmlosigkeit beruhe.

19) ohne eigene Stellungnahme Schröder, ZStW 65, 193.

20) ZStW 60, 287 ff.

deshalb nicht strafbar seien, weil sie dazu berechtigt seien? Behauptet würde nichts anderes, als daß der Soldat seinen Gegner töte, daß er also eine Handlung begehe, die den in den gesetzlichen Tatbeständen näher beschriebenen Handlungen entspreche. Ob er ein Verbrechen begehe, entscheide allein das Völkerrecht. Ganz deutlich stehe also hier die Frage der Rechtswidrigkeit zur Diskussion. Als Grund für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit bedeute "soziale Adäquanz" doch nur einen etwas anderen Ausdruck für das, was man bisher "rechtes Mittel zu einem rechtlich anerkannten Zweck" genannt habe. In dieser Funktion sei gegen ihre Verwendung nichts Wesentliches einzuwenden. Aber zur Abgrenzung der Tatbestandsmäßigkeit sei der Gesichtspunkt denkbar ungeeignet.

Maurach²¹⁾ bezweifelt, ob die soziale Adäquanz mit ihren überaus flüssigen Grenzen sowohl zum unrechtsenthaltenden Tatbestand als auch zu den Rechtfertigungsgründen ein brauchbares Regulativ ergebe.

Hellmuth Mayer²²⁾ lehnt den Begriff, wie ihn Welzel versteht, ebenfalls ab. Wenn man ihn zu einem übergesetzlichen Merkmal aller Tatbestände mache, sei der Umfang der Tatbestände in keinem Fall mehr gesetzlich bestimmt; denn was sozial adäquat sei, könne immer nur das Gewohnheitsrecht lehren.

Schröder²³⁾ meint, wenn die soziale Adäquanz der Handlung schon die Tatbestandsmäßigkeit ausschließe, werde der Tatbestand seiner Funktion als Unrechtstyp weitgehend entkleidet.

Mezger übt in seinem Strafrechtslehrbuch²⁴⁾ nur maßvolle Kritik: Welzels Satz, sozialadäquates Handeln sei deshalb immer rechtmäßig, weil es gar nicht tatbestandsmäßig sei, könne man - so meint er - in dieser Allgemeinheit nicht zustimmen, möge er auch im einzelnen Beachtenswertes enthalten. Wesentlich deutlicher hingegen meldet er seine Vorbehalte an einer Stelle im "Leipziger Kommentar"²⁵⁾ an, wo es heißt, die Einreihung der sozialen Adäquanz in den

21) Maurach, Grundriß des Strafrechts (1948), S. 72; jetzt auch derselbe, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil (1. Aufl., 1954), S. 258 und derselbe, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil (2. Aufl., 1958), S. 229. Dem hat sich Schönke, Strafgesetzbuch (5. Aufl., 1951 bis 7. Aufl., 1954) vor § 51, Anm. II, 2., angeschlossen; die früheren Auflagen enthalten keine eigene Stellungnahme.

22) H. Mayer, Strafrecht, Allgem. Teil (1953), S. 107 f.

23) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch (8. Aufl., 1957 und 10. Aufl., 1961), vor § 51, Anm. II, 2.

24) Mezger, Strafrecht, Allgem. Teil (1948), S. 100; ähnlich noch derselbe, Strafrecht, Allgem. Teil (8. Aufl., 1958), S. 121.

25) LK (7. Aufl., 1954), vor § 51, Anm. 6 b; ebenso LK (8. Aufl., 1957), vor § 51, Anm. 6 b.

Tatbestand bedeute eine Vorwegnahme des Widerrechtlichkeitsproblems und verwische die festen Umrisse der Tatbestandsmäßigkeit. Diese Reserve gegen den Welzelschen Gedanken, der doch im Zuge der Mezgerschen Ganzheitsbetrachtung und namentlich seiner Auffassung der Tatbestände als rationes essendi des Unrechts liegen dürfte²⁶⁾, erscheint Lange²⁷⁾ auffällig.

Gallas²⁸⁾ glaubt, daß die Lehre von der Sozialadäquanz in ihrer ursprünglichen Form die Grenze zwischen Mangel im Tatbestand und Rechtfertigungsgrund zu verwischen drohe.

Für Baumann²⁹⁾ ist sie in ihrer ursprünglichen Form nur noch von historischem Interesse.

3. Die korrigierte Lehre Welzels von der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund:

Dieser Kritik hält Welzel nicht stand. Nunmehr wohl einer Anregung Mezgers³⁰⁾ folgend ordnet er die soziale Adäquanz der Rechtswidrigkeit zu. Sie soll jetzt³¹⁾ unter Fortbestand der Tatbestandswirkung nur noch die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließen. Der Kernsatz der neuen These lautet: "Die soziale Adäquanz ist hier der in der sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens wurzelnde (gewohnheitsrechtliche) Rechtfertigungsgrund tatbestandsmäßigen Verhaltens" ³²⁾ ³³⁾ oder, wie Niese³⁴⁾ - der Auffassung Welzels folgend - formuliert: "Sie schließt die Rechtswidrigkeit unvermeidbarer Rechtsgutverletzungen aus, ohne daß es eines der besonderen Rechtfertigungsgründe (Notwehr, rechtfertigender Notstand, Einwilligung usw.) bedarf."

26) Vgl. dazu ZAkDR 1937, 417 ff; ZStW 57, 675 ff.

27) ZStW 63, 463.

28) ZStW 67, 22.

29) Baumann, Strafrecht, Allgem. Teil (2. Aufl., 1961), S.146.

30) Mezger, Strafrecht, Allgem. Teil (4. Aufl., 1952), S.109, 117; so noch derselbe, Strafrecht, Allgem. Teil (8. Aufl., 1958), S.121, 129.

31) Welzel, Strafrecht (3. Aufl., 1954), S.61, und so noch derselbe, Strafrecht (7. Aufl., 1960), S.76, sowie derselbe, Bild (4. Aufl., 1961), S.25.

32) Welzel, Strafrecht (7. Aufl., 1960), S.76, und derselbe, Bild (4. Aufl., 1961), S.25.

33) An anderer Stelle, Welzel, Strafrecht (6. Aufl., 1958), S.74 (vgl. auch S.112 ff), und derselbe Bild (3. Aufl., 1957), S.24 (vgl. auch S.31 ff), heißt es: "Sozialadäquate Gefährdungen von Rechtsgütern kommen für die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Delikte nicht in Betracht ..."

34) JZ 1956, 460.

So wird sie zu einer Generalklausel der Rechtfertigung³⁵⁾; das ist heute teilweise anerkannt³⁶⁾.

4. Die gegen die abgewandelte Lehre erhobenen Einwendungen:

Doch ist auch gegen diese abgewandelte Lehre noch manches eingewendet worden.

Maurach meint³⁷⁾, weil es die Unsicherheit des Begriffs nicht erlaube, könne er nicht als Generalklausel der Rechtfertigungsgründe herangezogen werden.

Bei der Frage des erlaubten Risikos stellt Maurach³⁸⁾ zunächst die seiner Ansicht nach richtigen Ausgangspunkte heraus. Es werde mit Recht erkannt, daß die Beobachtung des maßvollen Risikos den Täter nicht erst zu "entschuldigen" brauche; es sei ferner zutreffend, daß der riskante Betrieb als solcher trotz seiner Eignung zur Gefährdung nicht rechtswidrig sein könne. Von diesem unzweifelhaft rechtmäßigen Gesamtbetrieb sei aber die einzelne Betriebshandlung zu unterscheiden, die die unmittelbare und daher allein tatbestandserhebliche Ursache des mißbilligten Erfolges darstelle. Der Gedanke des maßvollen Risikos vermöge nur den sozial nützlichen Betrieb, nicht die fehlerhafte Betriebshandlung zu decken; diese sei stets rechtswidrig. Denn die Beobachtung des maßvollen Risikos bei der Führung des Betriebs gewähre keinen Rechtfertigungsgrund für die einzelne fehlerhafte Betriebshandlung. Allerdings lasse die Innehaltung der gebotenen Sorgfalt nicht erst

35) In Welzel, Strafrecht (7. Aufl. 1960) und Bild (4. Aufl., 1961) scheint sich nunmehr eine rückläufige Entwicklung abzuzeichnen. Während auf S. 76 (bzw. 25) die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund gesehen wird, wird auf S. 115 (bzw. 33) die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und damit das sozialadäquate Verhalten wieder bei der Erörterung des Tatbestandes behandelt.

36) So Dreher-Maasen, Strafgesetzbuch (2. Aufl., 1955), vor § 51, Anm. 3 i, und Mezger, Strafrecht, Allgem. Teil (4. Aufl., 1952), S. 109 u. 117; und noch jetzt derselbe, Strafrecht, Allgem. Teil (8. Aufl., 1958), S. 121 u. 129. Zustimmend für die Fälle des erlaubten Risikos Weber, Grundriß des deutschen Strafrechts (1946), S. 82; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit (1951), S. 60 ff; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar (10. Aufl., 1961), § 59, Anm. X 6 b).

37) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil (1. Aufl., 1954), S. 259, 268 und auch 474 ff, wo Maurach im Rahmen der Erörterung des erlaubten Risikos die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund ablehnt; derselbe, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil (2. Aufl., 1958), S. 229, 237 f u. 435 f.

38) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil (2. Aufl., 1958), S. 435.

die Schuld entfallen; es handle sich um ein Problem der Tatverantwortung

Mezger³⁹⁾ will in dem Gedanken der sozialen Adäquanz mehr einen Auslegungsgrundsatz für den Einzelfall sehen als eine generelle Regel, die die tatstandsmäßige Rechtswidrigkeit ausschließt⁴⁰⁾.

Baumann⁴¹⁾ sieht in der Lehre die Gefahr, das Seiende zum Gesollten zu erheben. Die verbreitete Unsitte könnte auf diese Weise zur Anerkennung gelangen. Verstehe man die Sozialadäquanz jedoch so, daß durch das Merkmal "sozialethisch" oder "Ordnung" eine Wertung erfordert wurde (die also etwa die Anerkennung einer Unsitte auszuschließen erlaubte), so könne diese Wertung doch nur wieder aus der Gesamtrechtsordnung gewonnen werden; dann aber sei die Sozialadäquanz nichts weiter als ein anderer Ausdruck für materielle Rechtswidrigkeit.

Die Fälle des erlaubten Risikos seien besser mit der Einwilligung zu lösen. Da die Einwilligung nicht einzelne falsche Betriebshandlungen decke, seien diese rechtswidrig. Es könne allenfalls die Schuld ausgeschlossen sein. Ebenso wie bei der vorsätzlichen, so sei die Sozialadäquanzlehre auch bei der fahrlässigen Straftat abzulehnen. Was rechtswidrig sei, bestimme nicht eine allgemeine sozialethische Anschauung, geschweige denn eine allgemeine Übung, sondern die Rechtsordnung.

Andere Autoren⁴²⁾ ignorieren das Prinzip gänzlich.

5. Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen:

So steht die neue Lehre im Strafrecht, wo sie unter der führenden Feder Welzels ins Leben gerufen wurde, noch heute im Streit der Meinungen. Bei allen Bedenken, die man ihr entgegenbringt, scheint sie, soweit es nach dem bisher Festgestellten gesagt werden kann, doch einen richtigen Kern zu enthalten, dessen Bedeutung sich nicht auf das Strafrecht beschränkt, sondern der als allgemeines Rechtsprinzip die ganze Rechtsordnung erfaßt⁴³⁾. Sie ist tatsächlich auch sehr bald in das Zivil-

39) Mezger, LK (7. Aufl., 1954, vor § 51, Anm. 10 h; derselbe, LK (8. Aufl., 1957), vor § 51, Anm. 10 h; derselbe, NJW 1953, 6.

40) Vgl. dazu jetzt auch Welzel, Strafrecht (7. Aufl., 1960), S. 76; derselbe, Bild (4. Aufl., 1961), S. 26.

41) Baumann, Strafrecht, Allgem. Teil (2. Aufl., 1961), S. 216 und 220.

42) So Kohlrach-Lange, Strafgesetzbuch (41. Aufl., 1956); Schwarz, Strafgesetzbuch (21. Aufl., 1958); auch Dreher bei Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch (24. Aufl., 1962) erwähnt die Sozialadäquanz nur am Rande, nämlich bei § 96, Anm. 2) E und § 114, Anm. 2) B.

43) Welzel, Strafrecht (7. Aufl., 1960), S. 76. und derselbe, Bild (4. Aufl., 1961), S. 26; Nipperdey, Gutachten, S. 39; Niese, Streik und Strafrecht, S. 29.

recht hinübergetragen worden. Daß diese Ausdehnung auf andere Rechtsbereiche durchaus gerechtfertigt war, wird durch die Ausführungen im zweiten Abschnitt dieses Hauptteils⁴⁴⁾ bestätigt werden.

44) Vgl. §§ 3 und 4.

§ 2

Die Übertragung des Gedankens von der sozialen Adäquanz auf die Bereiche des Zivilrechts

1. Das Constanze-Urteil des Bundesgerichtshofs:

Anlaß zur Übertragung des Gedankens von der Sozialadäquanz auf das Zivilrecht war nicht zuletzt das bekannte Constanze-Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. 10. 1951¹⁾, das die Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung vom Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu einem gewissen Abschluß gebracht hat^{2) 3)}. In späteren Entscheidungen hat der BGH die eingeschlagene Linie im wesentlichen nur noch gefestigt⁴⁾.

Das Reichsgericht bejahte eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in seinen früheren Entscheidungen nur dann, wenn sich der Eingriff gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richtete; es mußte sich um eine tatsächliche Hinderung, Schließung, Hemmung oder Einschränkung, kurzum um eine unmittelbare Antastung der Grundlagen des Gewerbebetriebes handeln⁵⁾. Eine Schmälerung des wirtschaftlichen Gewinns, der Aussicht auf Erwerb, wurde nicht als ausreichend angesehen, weil insoweit gegen unberechtigte Schädigungen oder Störungen anderer das geltende Recht im Wettbewerbsgesetz in Verbindung mit § 826 BGB ausreichenden Schutz gewähre⁶⁾.

In späteren Erkenntnissen ist das Reichsgericht jedoch auf dem Gebiete des Warenzeichen- und Wettbewerbsrechts weiter gegangen und hat für den Unterlassungsan-

1) BGHZ 3, 270 = LM, § 1 UWG, Nr. 5 = JZ 1952, 227 = MDR 1952, 91 = NJW 1952, 660.

2) Vgl. Nipperdey, Gutachten, S. 35; derselbe, Lehrbuch, S. 636; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 90; Nikisch, Lehrbuch II, S. 115; v. Caemmerer, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift deutscher Juristentag, Bd. II, S. 86.

3) Zur Entwicklung vgl. Begemann, Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb, S. 10 ff; v. Caemmerer, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift deutscher Juristentag, Bd. II, S. 83 ff.

4) Über die vorhandene Rechtsprechung des BGH vgl. v. Caemmerer, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift deutscher Juristentag, Bd. II, S. 86, Fußnote 153.

5) Vgl. RGZ 51, 369; 56, 271, und die anderen bei Nipperdey, Gutachten, S. 36, zitierten Entscheidungen; ferner auch BGHZ 3, 279.

6) Vgl. RGZ 56, 276; ferner RGZ 101, 335 (337); 102, 223 (225); 126, 93 (96).

spruch jede widerrechtliche Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung für ausreichend erachtet, die einen unmittelbaren Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebs darstellt. Der Gewerbebetrieb muß nunmehr auch in seinen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen ist, vor unmittelbaren Störungen bewahrt bleiben. Der Schutz erfaßt bereits die gewerbliche Betätigung als solche⁷⁾.

Der Bundesgerichtshof zieht in dieser Entwicklung insofern den Schlußstrich, als er in der eingangs erwähnten Entscheidung feststellt, daß der Gedanke des Schutzes der gewerblichen Betätigung nicht auf den Wettbewerb und die gewerblichen Schutzrechte beschränkt sein, sondern allgemeine Geltung beanspruchen kann⁸⁾. Andere Gerichte, insbesondere die Arbeitsgerichte haben sich angeschlossen⁹⁾. Von Caemmerer¹⁰⁾ spricht davon, daß die Anwendung von § 823 I BGB sich endgültig durchgesetzt, ja vielleicht schon fast gewohnheitsrechtliche Kraft erlangt hat.

Das Ergebnis ist insbesondere vom rechtsdogmatischen Standpunkt aus richtig. Die Anerkennung des Gewerbebetriebs als eines absoluten Rechts muß auf allen Rechtszweigen eine einheitliche sein. Es ist wenig wahrscheinlich, daß der Schutz des Gewerbebetriebs je nach der Art des Eingriffs ein verschiedener sein kann. Der Standpunkt des Bundesgerichtshofs ist heute fast allgemein anerkannt^{11) 12)}.

-
- 7) Vgl. Nipperdey, Gutachten, S. 36 und die dort zitierten Entscheidungen; RGZ 158, 377 (379); 163, 21 (32) u. a. m., sowie BGHZ 3, 270 (279); derselbe, Lehrbuch, S. 636; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 90.
- 8) Vgl. BGHZ 3, 279; vgl. ferner BGH v. 28.11.52, BGHZ 8, 142 = LM, § 823 (Ai), Nr. 4 = NJW 1953, 297, u. a. m. Allerdings hatte in dieser Richtung das Reichsgericht schon vorher einen gewichtigen Schritt für die erweiterte Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb getan; vgl. v. Caemmerer, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift deutscher Juristentag, Bd. II, S. 86 und die dort zitierten Entsch.
- 9) LAG Frankfurt v. 20.2.53, RdA 1953, 195 (196) = AP 1953 Nr. 134; LAG Frankfurt v. 29.4.53, RdA 1953, 354 = Betr. 1953, 556 = AP 1954 Nr. 57 = BB 1953, 559 = ARSt X, Z. 685; LAG Düsseldorf v. 15.6.53, RdA 1954, 117 = AP 54 Nr. 63; OLG Düsseldorf v. 18.8.53, RdA 1953, 393 = AP 1954, Nr. 60 u. a. m.
- 10) Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift deutscher Juristentag, Bd. II, S. 89.
- 11) Vgl. die zum Zeitungsstreik ergangenen Urteile, zitiert in Anm. 9, sowie BAG v. 4.5.55, BAGE 2, 75 = AP Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 2 = Betr. 1955, 779 = BB 1955, 415 u. 732 = WA 1955, 139 = ARSt XV, Z. 85 = ArbUr 1955, 315 = NJW 1955, 1373 = SAE 1956, 12.
- 12) Die Auffassung Hoenigers, RdA 1953, 204 ff (210 f), der an der einschränken den reichsgerichtlichen Rechtsprechung festhält, wonach Eingriffe in den Be-

2. Die mit der Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verbundenen Schwierigkeiten:

Wissenschaft und Rechtsprechung, die sich mit diesem neuen hochstrichterlichen Urteil auseinandersetzen mußten, sahen sich bald vor neue Probleme gestellt. Die Verletzung der unter § 823 I BGB fallenden Rechte ist als solche tatbestandsmäßig und immer widerrechtlich, wenn sie nicht ausnahmsweise durch besondere, von der Rechtsordnung anerkannte Umstände, die Rechtfertigungsgründe, wie Notwehr, Notstand, Besitzwehr, erlaubte Selbsthilfe, Einwilligung usw. gerechtfertigt wird. Denn das Vorliegen der Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit¹³⁾.

Bei den klassischen, seit Jahrhunderten anerkannten und in § 823 BGB aufgezählten Rechtsgütern hatte diese durch das Vorliegen der Tatbestandsmäßigkeit geschaffene Indikation der Rechtswidrigkeit einen Sinn. Beim Recht am Gewerbebetrieb kam man aber damit nicht aus. So bringt der wirtschaftliche Wettbewerb seiner Natur nach regelmäßig eine Schädigung der Konkurrenten und deren Unternehmen mit sich, die die bestehende Wirtschafts- und Sozialordnung bewußt in Kauf nimmt¹⁴⁾. Das Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. 7. 1957 fördert den freien Wettbewerb ausdrücklich, indem es das grundsätzliche Verbot statuiert, wettbewerbsbeschränkende Abmachungen zu treffen. Schädigungen im Wettbewerb liegen demnach, sofern nicht im Einzelfall besondere, die Unlauterkeit des Handelns begründende Umstände hinzukommen, im Rahmen des sozialethisch Erlaubten und

reich des Gewerbebetriebes nur auf dem Gebiete des Wettbewerbsrechts, nicht aber und insbesondere nicht auf dem Gebiete des Arbeitskampfrechts nach § 823 I BGB tatbestandsmäßig sein sollen, weil im ersteren Falle die Schädigung von Konkurrenten, also von Personen ausging, die mit der Produktionsgemeinschaft des Betriebs in keiner inneren Verbindung standen, beim Arbeitskampf aber innerhalb der Produktionsgemeinschaft erfolgte, ist in ihrer Begründung nicht überzeugend. Die Einschränkung im Sinne Hoenigers, die von Wissenschaft und Rechtsprechung niemals gemacht wurde, ist deshalb nicht sinnvoll, weil der Eingriff in den Betrieb von innen her, der dieselbe schädigende Wirkung wie der Angriff von außen zeitigt, eine solche Behandlung nicht rechtfertigt. Vgl. dazu auch Nipperdey, RdA 1953, 212 f.

- 13) Vgl. Nikisch, Lehrbuch II, S. 115 f.; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht (15. Aufl., 1958), S. 945; BGHZ 3, 270 (280); Nipperdey, Gutachten, S. 34, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung; derselbe, Lehrbuch, S. 640; RGRK (11. Aufl.), § 823, Anm. 44; Palandt, § 823, Anm. 13; Staudinger (9. Aufl., 1929), § 823 Anm. II B; BGH v. 4. 3. 57, BGHZ 24, 21 u. a. m.
- 14) Vgl. auch v. Caemmerer, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift deutscher Juristentag, Bd. II, S. 91.

rechtlich Zulässigen¹⁵⁾. Eine Rechtskonstruktion, die hier zu anderen Ergebnissen führen würde, setzte sich in Widerspruch zur allgemeinen Rechtsüberzeugung¹⁶⁾.

Im Arbeitskampfrecht liegen die Dinge ähnlich. Arbeitskämpfe sind grundsätzlich von der Rechtsordnung erlaubt. Sie sind keine unerlaubten Handlungen, wenn sich die Beteiligten an die Regeln des Kampfrechts halten, und die im Rahmen der Kampfmaßnahmen eintretenden Rechtsverletzungen und Schädigungen verpflichtet nicht zum Schadensersatz¹⁵⁾.

Das gleiche gilt von der freien Meinungsäußerung¹⁷⁾.

Neben diesen Fallgruppen gibt es eine Reihe von Schädigungen, die das Recht am Gewerbebetrieb beeinträchtigen und die der Unternehmer hinnehmen muß und zwar nicht, weil ihnen ein bestimmter, rechtlich normierter Rechtfertigungsgrund zur Seite stünde, sondern weil sie nach allgemeiner Anschauung nicht widerrechtlich sind¹⁸⁾.

Wodurch aber ist der Ausschluß der Widerrechtlichkeit begründet? Die Schwierigkeiten erkennend hatte eine in der Literatur verbreitete Ansicht das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ganz abgelehnt¹⁹⁾ und damit das Widerrechtlichkeitsproblem umgangen²⁰⁾. Nach dieser insbesondere von Nipperdey vertretenen Lehre²¹⁾ sollte es ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb deshalb nicht geben, weil sonst zahlreiche Konkurrenzhandlungen und

15) Vgl. Nipperdey, NJW 1957, 1777 (1778).

16) Begemann, Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb, S. 28.

17) Vgl. v. Caemmerer, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift deutscher Juristentag, Bd. II, S. 92.

18) Vgl. Nikisch, Lehrbuch II, S. 116.

19) Vgl. Nipperdey, Beiträge zum Wirtschaftsrecht II, S. 452 ff (483), und die dort aufgeführten Literaturnachweise; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II (1932), S. 664 f; Giesecke, Festschrift für Heymann II, S. 145; Esser, Schuldrecht (1. Aufl., 1949), S. 468; Wagner, Das sogenannte Recht am Gewerbebetrieb, S. 49 ff; Ziskoven, Die Bedeutung des § 826 BGB für das Arbeitsrecht, S. 26, und die dortigen Nachweise.

20) Eine ältere Ansicht erkannte das Recht am Gewerbebetrieb deshalb nicht an, weil sie seine Natur als subjektives Recht in Zweifel zog; so Planck, Bürgerliches Gesetzbuch (3. Aufl., 1907), § 823, II, Anm. 1 f; v. Tuhr, Der Allgem. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band (1910), S. 155 ff; Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band (8. Aufl., 1927), S. 765 u. a. m.

21) Vgl. Nipperdey, Beiträge zum Wirtschaftsrecht II, S. 445 ff, insbes. S. 466, 476 ff; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II (1932), S. 665; Esser, Schuldrecht (1. Aufl., 1949), S. 468.

sonstige nach dem Sinn des Gesetzes sicherlich im Ergebnis erlaubte Störungen (vgl. die detaillierten Bestimmungen des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909) unter § 823 I BGB fallen würden. Der geeignete Filter, mit dessen Hilfe man die unzulässigen von den erlaubten Eingriffen hätte sondern können, war noch nicht gefunden. Bezeichnend für die Hilflosigkeit, mit der man dem eigentlichen Problem gegenüberstand, ist folgender Satz in der Voraufgabe des Nipperdeyschen Lehrbuchs des Arbeitsrechts²²⁾: Es "zeigt sich die Unhaltbarkeit der bekämpften Ansicht" (scil. des Reichsgerichts), "wenn man nach einem Maßstab für diese Widerrechtlichkeit sucht".

Andere Autoren haben das Recht am Gewerbebetrieb in dem durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung vorgezeichneten beschränkten Umfang anerkannt²³⁾.

3. Die Lösung des Problems über die (tatbestandausschließende) Sozialadäquanz:

Das BGH-Urteil gab Anlaß, ein anderes Regulativ zur Scheidung der unzulässigen Eingriffe von den zulässigen herauszuarbeiten. Und als solches fand Nipperdey das Prinzip der sozialen Adäquanz²⁴⁾, das ihm, einem alten Gegner des Rechts am Gewerbebetrieb, den Weg ebnete, dieses Recht anzuerkennen²⁵⁾. Nipperdey formuliert: "Handlungen, die sich im Rahmen der allgemeinen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens halten und somit sozialadäquat sind (z. B.: der Leistungswettbewerb, die lege artis durchgeführte ärztliche Heilmaßnahme, Drohungen mit verkehrsmäßigen Übeln), sind nicht tatbestandsmäßig und kommen als unerlaubte Handlung nicht in Betracht"²⁶⁾. "Erst Handlungen, die die soziale Adäquanz überschreiten, sind tatbestandsmäßige Tötungen, Verletzungen, Beschädigungen, Nachteilszufügungen, Nötigungen usw. Darin besteht die methodische Funktion der sozialen Adäquanz, daß sie aus dem formalen Wortlaut der Tatbestände diejenigen Lebensvorgänge herauschneidet, die sachlich überhaupt nicht unter sie gehören"²⁶⁾.

22) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II (1932), S. 665.

23) Vgl. die Literaturnachweise bei Nipperdey, Gutachten, S. 35.

24) Nipperdey, Gutachten, S. 39 f; vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (14. Aufl., 1955), S. 917 f und aaO (15. Aufl., 1960), S. 1288 f.

25) So schon Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (14. Aufl., 1952), S. 276, Fußnote 8, unter teilweiser Aufgabe früherer Ansichten, u. S. 565; derselbe, Gutachten, S. 39; ferner Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (15. Aufl., 1959), S. 436.

26) Nipperdey, Gutachten, S. 39, 40.

Danach gilt jetzt wieder uneingeschränkt auch für den Gewerbebetrieb der Grundsatz, daß jeder Eingriff in ein absolutes Recht rechtswidrig ist, wenn dem Eingreifenden nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund zur Seite steht²⁷⁾.

Die neue These hat auch bald Anklang gefunden; die zum Zeitungsstreik vom 27. bis 29. Mai 1952 ergangenen Urteile der Arbeitsgerichte haben sich in den Entscheidungsgründen überwiegend auf das Gutachten Nipperdeys gestützt und die Lehre von der Sozialadäquanz übernommen²⁸⁾.

4. Die Kritik in der Zivilrechtswissenschaft:

Sie ist jedoch nicht unwidersprochen geblieben; gegen sie haben sich insbesondere Lehmann²⁹⁾ und Larenz³⁰⁾ im wesentlichen mit gleichen Begründungen gewandt. Die Auffassung Nipperdeys mache bei jedem Eingriff in ein absolutes Recht eine doppelte Prüfung nötig, nämlich zunächst - zur Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit des § 823 BGB - auf die soziale Inadäquanz des Eingriffs, sodann eine Prüfung darauf, ob dem Eingreifenden ein besonderer Unrechtsausschließungsgrund zur Seite stehe. So werde die Sozialadäquanz als eine jedem Urteil über die Tatbestandsmäßigkeit vorgeschaltete Generalklausel dazu verwendet, den gesetzlichen Tatbestand, der grundsätzlich jeden Eingriff verbiete, seines eigentlichen Sinnes als Vertypung des Unrechts zu berauben; daran aber hätten die Verfasser des BGB nicht gedacht.

27) Vgl. Nipperdey, Gutachten, S. 40.

28) LAG München, v. 17. 4. 53, RdA 1953, 278 = Betr. 1953, 556 = ARSt. X, Z. 684 = AP 1954 Nr. 59;

LAG Frankfurt/M. v. 20. 2. 53, RdA 1953, 195 = AP 1953 Nr. 134;

LAG Frankfurt/M. v. 29. 4. 53, RdA 1953, 354 (mit Anm. v. Nikisch) = Betr. 1953, 556 = AP 1954 Nr. 57 = BB 1953, 559 = ARSt X, Z. 685;

LAG Freiburg i. Br. v. 13. 4. 53, AP 1954 Nr. 58 = BB 1953, 559 = ARSt XI, Z. 99, 102 = NJW 1953, 1287 = RdA 1953, 360;

LAG Düsseldorf v. 13. 5. 53, RdA 1954, 119 = AP 1954 Nr. 62;

LAG Düsseldorf v. 15. 6. 53, RdA 1954, 117 = AP 1954 Nr. 63;

LAG Düsseldorf v. 18. 8. 53, RdA 1953, 393 = BB 1953, 735 = AP 1954 Nr. 60;

LAG Berlin v. 17. 8. 53, RdA 1954, 76 = BB 1954, 96 = AP 1954 Nr. 61 = ArbuR 1954, 382 = NJW 1954, 124.

29) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht (14. Aufl., 1954), S. 912; derselbe, Schuldrecht (15. Aufl., 1958), S. 941 f.

30) Larenz, Schuldrecht (1. Aufl., 1956, und 2. Aufl., 1957), S. 341; derselbe, NJW 1955, 522 ff. Vgl. jedoch neuerdings, derselbe, Schuldrecht (5. Aufl., 1962), S. 376 ff.

5. Die Sozialadäquanz als Unrechtsausschließungsgrund:

Die mit der doppelten Prüfung verbundenen Ungereimtheiten mag die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung schon sehr früh empfunden haben, weil sie deutlich erkennbar nach einem Ausweg gesucht hat. Bereits in einigen der vorerwähnten Entscheidungen wird nämlich, mindestens andeutungsweise die Meinung vertreten, daß die Sozialadäquanz erst die Rechtswidrigkeit einer Handlung beseitigt. So behandelt das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt vom 20. 2. 1953³¹⁾ die soziale Adäquanz erst im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung, wenngleich auch der richtig gefundene Ansatzpunkt noch nicht konsequent durchgeführt ist. Während es einmal heißt, daß der Begriff der Sozialadäquanz von dem Eingriff die Eigenschaft als tatbestandsmäßige Handlung fernhielte, wird im Satz darauf ausgeführt, sie verleihe dem Eingriff eine (innere, wesensmäßige) Rechtmäßigkeit, die eine Rechtswidrigkeit von vornherein ausschließe. Deutlicher dagegen kommt das Wesen der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund in dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Bayern vom 17. 4. 1953³²⁾ zum Ausdruck, wonach ein Streik nur deshalb nicht widerrechtlich ist, weil er ein sozialadäquater Vorgang in der Rechtssphäre eines Unternehmens ist. Eine Arbeitsniederlegung, die nicht unter den Begriff der Sozialadäquanz falle, sei deshalb von der Widerrechtlichkeit als Eingriff in einen bestehenden und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht ausgeschlossen. Eindeutige Stellung bezieht jedoch erst Niese in "Streik und Strafrecht"³³⁾. Niese hebt ausdrücklich hervor, daß insoweit die Ansicht Nipperdeys falsch sei. In seiner eingehenden Begründung konnte er sich freilich schon auf Welzel berufen, der in der Zwischenzeit beim Ausbau des finalistischen Handlungssystems seinen Standpunkt dahin geändert hatte, daß die Sozialadäquanz nicht schon die Tatbestandsmäßigkeit, sondern erst die Rechtswidrigkeit ausschließe³⁴⁾.

Diese Erkenntnis wird auf den Bereich des Zivilrechts, insbesondere des Arbeitsrechts, übertragen. Das übrige Schrifttum, soweit es den Gedanken der Sozialadäquanz anerkennt, und auch das Bundesarbeitsgericht haben sich dieser Auffassung angeschlossen³⁵⁾.

31) RdA 1953, 195 (196).

32) RdA 1953, 278.

33) Niese, Streik und Strafrecht, S. 30.

34) Vgl. § 1, 3.

35) Esser, Schuldrecht (2. Aufl., 1960), S. 190; Hueck, Festschrift für Herschel, S. 36; derselbe, RdA 1956, 203; Dietz, Festschrift für Herschel, 1955, S. 47 f; BAG v. 28. 1. 55, RdA 1955, 198 = Betr. 1955, 455 = BB 1955, 129 u. 415 = WA 1955, 91, 49 = ARSt XIV, Z. 383, 439 = ArbG 1955, 365 = ARBl. Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 4 = NJW 1955, 882 = ArbuR 1955,

Selbst Nipperdey hat seine frühere Ansicht inzwischen ausdrücklich aufgegeben³⁶⁾. In einer Fußnote zu seinem Aufsatz "Arbeitskampf als unerlaubte Handlung"³⁷⁾ schreibt er: "Die in meinem Zeitungsstreikgutachten S. 39 f. vertretene Ansicht, die soziale Adäquanz schließe die Tatbestandsmäßigkeit aus, gebe ich aus dogmatischen Gründen auf."

6. Der Sonderfall des verkehrsrichtigen Verhaltens:

a) Der Beschluß des Großen Senats des BGH vom 4.3.1957:

Neuerdings ist der Gedanke von der Sozialadäquanz in einem Beschluß des Großen Senats des Bundesgerichtshofs vom 4.3.1957³⁸⁾ von einer ganz anderen Seite, nämlich von der Fahrlässigkeit her aufgegriffen worden. Nach dieser Entscheidung soll, wer als Verrichtungsgehilfe im Straßen- oder Eisenbahnverkehr einen anderen an Leben, Gesundheit oder Eigentum verletzt, nicht rechtswidrig handeln, wenn er sich verkehrsrichtig (ordnungsgemäß) verhalten hat³⁹⁾; denn die Verkehrsrichtigkeit - nichts anderes als ein besonderer Anwendungsfall der sozialen Adäquanz⁴⁰⁾ - schließe die Rechtswidrigkeit einer Handlung aus. In den Gründen des Beschlusses führt der Bundesgerichtshof aus: "Indem die Rechtsordnung den gefährvollen Verkehr zuläßt und den Teilnehmern an diesem Verkehr im einzelnen vorschreibt, wie sie ihr Verhalten einzurichten haben, spricht sie auch aus, daß sich ein Verhalten unter Beachtung dieser Vorschriften im Rahmen des Rechts hält. Es geht nicht an, ein Verkehrsverhalten, das den Ge- und Verboten der Verkehrsordnung voll Rechnung trägt, trotzdem mit dem negativen Werturteil der Rechtswidrigkeit zu versehen. Hierfür gibt der eingetretene Erfolg keinen ausreichenden Grund her, da das Urteil der Rechtswidrigkeit im Sinne der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über unerlaubte Handlungen die zum Erfolg führende Handlung nicht

218 = AP Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1 = JZ 1955, 386 = AP § 123 GewO, Nr. 7 = SAE 1956, 1 = BAGE 1, 291 ff.

36) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (14. Aufl., 1955), S. 918, 1036; derselbe, Allgem. Teil (15. Aufl., 1960), S. 1299 u. 1451; derselbe, Lehrbuch S. 640; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 95.

37) Festschrift für Sitzler, S. 95, Fußnote 50.

38) BGHZ (GS) v. 4.3.57, BGHZ 24, 21 = JZ 1957, 543 = NJW 1957, 785 = VRS 12, 409 = DAR 1957, 184 = LM, § 831 (E) Nr. 2.

39) Vgl. den Leitsatz der oben angeführten Entscheidung.

40) Der BGH, aaO, läßt diese Frage zwar ausdrücklich offen, doch ist die Verkehrsrichtigkeit der Sache nach unzweideutig ein Anwendungsfall der Sozialadäquanz. So ausdrücklich auch Wieacker, JZ 1957, 535 f; Baumann, MDR, 1957, 646; May, NJW 1958, 1264; Bindokat, JZ 1958, 553; Nipperdey, NJW 1957, 1777.

unberücksichtigt lassen kann". Als das entscheidende Argument wird also vorge-
tragen, daß das Recht niemals und nirgends bloße Rechtsgutverletzung als Unrecht
werten, nicht jede (kausale) Beeinträchtigung von Rechtsgütern als rechtswidrig
bezeichnen könne, sondern daß es stets nur Schutz gegen die vermeidbaren Ein-
wirkungen gewähre⁴¹⁾ und die unvermeidbaren als Unglück hinnehmen müsse⁴²⁾.
Ihre Stütze findet diese These in der Lehre vom personalen Handlungsunrecht,
wonach nur menschliches Verhalten pflichtwidrig sein und nur hierüber ein Un-
werturteil gefällt werden kann⁴³⁾; bloß den Kausalprozeß, den Erfolgssachverhalt,
und zwar losgelöst von der Handlung zu verbieten, habe keinen Sinn; ein etwa
hinzutretender Erfolgsunwert sei nur ein unselbständiges Moment des begonnenen
Unrechts⁴⁴⁾.

b) Das Echo auf diesen Beschluß in der Zivilrechtswissenschaft:

Gegen diese Entscheidung hat die Zivilrechtswissenschaft mit guten Gründen an-
gekömpft⁴⁵⁾, weil sie mit der dem BGB zugrundeliegenden Auffassung unverein-
bar sei. Der Unrechtsbegriff des Zivilrechts - so wird argumentiert - sei erfolgs-
bezogen, er bemesse die Rechtswidrigkeit nicht nach dem Standpunkt des Han-
delnden, grundsätzlich ohne Rücksicht auf den Erfolg (wie das Strafrecht), sondern
nach dem Standpunkt des Verletzten, nach dem Handlungserfolg⁴⁶⁾. Das verkehrs-

41) Welzel, ZStW 58, 557.

42) Niese, Streik und Strafrecht, S. 31; derselbe, JZ 1956, 460; Nipperdey, NJW 1957, 1778.

43) Vgl. Zippelius, NJW 1957, 1707.

44) Vgl. Welzel, Bild (3. Aufl., 1957), S. 28; derselbe, Strafrecht (6. Aufl., 1958), S. 57.

45) So Stoll, JZ 1958, 137; Schmidt, NJW 1958, 488; derselbe, NJW 1960, 1706; May, NJW 1958, 1262; Bindokat, JZ 1958, 553; Richter, NJW 1958, 1171; Böhmer, MDR 1958, 745; derselbe, JZ 1960, 638; Lehmann, Festschrift für Hedemann, S. 189; Larenz, Schuldrecht (4. Aufl., 1960), S. 360 ff; nunmehr mit Einschränkungen, derselbe, Schuldrecht (5. Aufl., 1962), S. 376; kritisch auch Wussow, NJW 1958, 891; Bettermann, NJW 1957, 896; Boennecke, NJW 1960, 1188; Dunz NJW 1960, 507; Hafferburg, NJW 1959, 1398; Hubmann, JZ 1958, 492; Weitnauer, VersR 1961, 1057 ff.

Zustimmend Baumann, MDR 1957, 646; Haase, NJW 1957, 1315; Bode, DAR 1957, 173; Zippelius, NJW 1957, 1707; derselbe, ACP 157, 390 ff; Wieacker, JZ 1957, 535; Nipperdey, NJW 1957, 1777; derselbe in Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil II (1960), S. 1288 ff; Quade, DRiZ 1957, 139; Hauß, LM § 831 (E) BGB Nr. 2, Anm.; v. Caemmerer, Hundert Jahre deutsches Rechts-
leben, Festschrift deutscher Juristentag, Bd. II, S. 115 ff.

46) Vgl. Lehmann, Festschrift für Hedemann, S. 139.

richtige Verhalten könne nur die Schuld ausschließen. Wogegen die Kritik sich also wendet, ist wiederum nicht das Prinzip als solches, sondern ihr Standplatz innerhalb der Rechtssystematik für den besonderen Fall des verkehrsgerechten Verhaltens. Die Streitfrage ist letztlich heute noch unausgetragen. Nach der wohl richtigen Ansicht ist der Unrechtsbegriff des Zivilrechts, insbesondere des BGB, zumindest auch auf den Erfolg ausgerichtet⁴⁷⁾.

7. Zusammenfassung:

Auch in das Zivilrecht hat also der Gedanke der Sozialadäquanz Eingang gefunden. Soweit er anerkannt ist, wird er heute allgemein als Unrechtsausschließungsgrund angesehen; das gilt auch für den Sonderfall des verkehrsrichtigen Verhaltens.

47) Vgl. § 4, 4.

II. Die Bedeutung des Begriffs der Sozialadäquanz

§ 3

Das Wesen und die Funktion der sozialen Adäquanz im allgemeinen

1. Das Verhältnis der Sozialadäquanz zu anderen allgemeinen Rechtsbegriffen:

Es sind vielfach Versuche unternommen worden, das ganz allgemein auf die geschichtlich gewordene sozialetische Ordnung verweisende¹⁾ und in den bisherigen Ausführungen wesensmäßig noch nicht näher erfaßte Prinzip der Sozialadäquanz seinsinhaltlich zu durchdringen und sein Wesen zu bestimmen. Dabei hat man es in Beziehung gesetzt zu anderen, unserem Rechtsleben besser bekannten Rechtsbegriffen, gelegentlich sogar mit einzelnen von ihnen identifiziert.

a) Sozialadäquanz und Treu und Glauben; Sozialadäquanz und Fahrlässigkeit:

Welzel selbst hat bereits den inneren Zusammenhang zum Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)²⁾ und zur objektiven Fahrlässigkeit (§ 276 BGB)³⁾ aufgezeigt. Darnach sind beide Begriffe ausfüllungsbedürftige Begriffe, die erst in lebendig tätige Funktionen treten, wenn ihr Bedeutungsgehalt aus dem Gedanken der sozialen Adäquanz herausgeschöpft wird; durch sie findet die soziale Adäquanz in das normierte Recht Eingang. Wie anders sollten sich "Treu und Glauben" und "die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" auch ermitteln lassen als durch ein Zurückgreifen auf die Ordnungsvorstellungen der Gemeinschaft. Das ist für den Fahrlässigkeitsbegriff auch mehrfach ausgesprochen worden⁴⁾. Diese Feststellung eröffnet die Möglichkeit, sich von den praktischen Erscheinungsformen des Prinzips her an dieses selbst heranzutasten; für eine dogmatische Durchleuchtung des dunklen Begriffs ist damit freilich nicht viel gewonnen, weil nämlich nicht die Vorschriften der §§ 242, 276 BGB die Sozialadäquanz bestimmen, sondern vielmehr selbst von ihr bestimmt werden.

1) Vgl. oben § 1, 1. und § 2, 3.

2) Vgl. ZStW 58, 517, Fußnote 38.

3) Vgl. ZStW, aaO, und S. 558; Welzel, Grundzüge (1940), S. 81; so noch derselbe, Strafrecht (7. Aufl., 1960), S. 115; derselbe, Bild (4. Aufl., 1961), S. 33.

4) Vgl. Welzel, Grundzüge (1940), S. 81: "Das Maß der erforderlichen Sorgfalt bestimmt sich zunächst nach der sozialen Adäquanz." Nipperdey, Lehrbuch, S. 640, Fußnote 34: "Ihren allgemeinsten Ausdruck hat die Sozialadäquanz in § 276 BGB gefunden, und bei der Fahrlässigkeit liegen auch ihre wichtigsten Auswirkungen." Vgl. auch Niese, JZ, 1956, 460.

b) Sozialadäquanz und Zumutbarkeit:

Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Gedanken der Zumutbarkeit, der insbesondere im Strafrecht vielfach zu Erörterungen Anlaß gegeben⁵⁾ und den Henkel⁶⁾ mit der Sozialadäquanz in Zusammenhang gebracht hat. Henkel meint, bei der Frage des sozialadäquaten Verhaltens, nämlich der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, könne sich der Zumutbarkeitsgedanke als regulatives Element notwendig erweisen. Aber was im Einzelfall zumutbar oder unzumutbar ist, kann ebenfalls nur wieder an den Anschauungen der Gemeinschaft gemessen werden, und damit ist für eine Begriffsbestimmung wiederum nichts gewonnen.

c) Sozialadäquanz und Sozialverwerflichkeit:

Etwas aufschlußreicher ist bereits der Hinweis auf die strafrechtlichen Vorschriften der §§ 240 II, 253 II StGB, die sich zwar ebenfalls an den Auffassungen der Allgemeinheit orientieren, aber offensichtlich mit einem größeren Maßstab messen, als er zur Ermittlung dessen, was mit der überkommenen sozialethischen Ordnung übereinstimmt, verwendet wird, und die nur die allerschwersten, die verwerflichen Verstöße als strafwürdig im Auge haben. Die Sozialadäquanz ist zur Sozialverwerflichkeit der engere Begriff⁷⁾. Damit ist die Sozialadäquanz von einer Seite her eingekreist, Verstöße gegen die Sozialverwerflichkeit setzen ihr die äußere Grenze.

d) Sozialadäquanz und gute Sitten; ihr Verhältnis zur Sitte:

Sehr scharfsinnig untersucht Begemann⁸⁾ das Verhältnis von "guten Sitten" (§ 826 BGB), der Sitte und der Sozialadäquanz. Die herrschende Meinung erblicke im Begriff der "guten Sitten" eine Bezugnahme auf die Vorschriften der Moral, die sich das Gesetz mittelbar zu eigen mache. Weil die der Moral eigene individualetische Bewertung stets auch die Berücksichtigung der subjektiven Einstellung desjenigen, dem ein Sittenverstoß vorgeworfen werden soll, verlange, müsse das zu mißbilligende Verhalten einer verwerflichen Gesinnung⁹⁾ entspringen. Nur eine solche Auffassung genüge dem "Gute-Sitten-Begriff" als einem materialen, an der Sittlichkeit gemessenen Wertbegriff.

5) Vgl. dazu insbesondere Henkel, Festschrift für Mezger, S. 249 ff.

6) aaO, S. 283 f.

7) Diesen Unterschied verkennen Begemann, Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb, S. 51, 57, 66, und Mezger, Strafrecht, Allgem. Teil (4. Aufl., 1952), S. 109; Seit Strafrecht, Allgem. Teil (5. Aufl., 1954), S. 114, fehlt auch bei Mezger der Hinweis auf § 240 StGB.

8) Begemann, aaO, S. 64 ff.

9) Gewissenlose Leichtfertigkeit muß wohl genügen.

Die Sozialadäquanz hingegen verweise auf die geschichtlich gewachsene sozial-ethische Ordnung, die ein objektiver Maßstab sei, der auf die innere Einstellung dessen, der sich ihr fügen soll, grundsätzlich keine Rücksicht nehme. Andererseits liege in der Kennzeichnung als sozialetisch zugleich, daß diese Ordnung selbst wert-, nämlich auf die Sittlichkeit bezogen sei. Gleichwohl könne sie nicht mit der Sittlichkeit identifiziert werden, da sie sich nicht unmittelbar an das Innere des Menschen wende.

Damit aber stehe die Sozialadäquanz ihrem Wesen nach der "Sitte" in deren ursprünglichem Wortsinn gleich, zumindest aber sehr nahe. Die Sitte nehme eine eigentümliche Mittelstellung zwischen Recht und Moral ein; sie teile die Äußerlichkeit des Rechts, indem sie sich nur für das äußere Verhalten des Adressaten interessiere und sich zufrieden gebe, wenn ihr Gebot befolgt werde, einerlei aus welchen inneren Beweggründen. Andererseits nehme die Sitte auch die Innerlichkeit der Moral für sich in Anspruch, denn nicht nur dem anderen, sondern auch sich selbst schulde man, den Anstand zu wahren. Diese einander entgegenstehenden, sich ausschließenden Wesensmerkmale seien dennoch untrennbar verbunden durch das Mittel der Fiktion, der "konventionellen Lüge", d. h. der stillschweigenden Übereinkunft, sich so zu verhalten, als stünde hinter der Äußerlichkeit der Sitte die dazu gehörige Innerlichkeit, etwa hinter dem Gruß die Ergebenheit. Aus dieser Kennzeichnung der Sitte ergebe sich ihre primäre Bedeutung als objektives Ordnungselement, das, zwar an der Sittlichkeit orientiert, nicht mehr notwendig eine entsprechende subjektive Einstellung voraussetze.

Die Ansicht Begemanns muß einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Die Sittenwidrigkeit soll sich von der Sozialinadäquanz dadurch unterscheiden, daß es dieser auf die innere Einstellung des Handelnden nicht ankomme, während jene eine verwerfliche Gesinnung erfordere. Gemeinsam sei den beiden Begriffen ein äußerlich zu mißbilligendes Verhalten¹⁰⁾.

Hier muß die Kritik ansetzen. Es gibt nämlich Fälle, in denen die Handlung an

10) Für die Sittenwidrigkeit ist das auf S. 65 ausgesprochen, wo ausgeführt wird: § 826 BGB könne nur verletzt sein, wenn ein äußerlich zu mißbilligendes Verhalten aus einer verwerflichen Gesinnung hervorgegangen ist.

Für die Sozialadäquanz wird das bei der Erörterung des Begriffs der Sitte, welche Begemann mit dem der Sozialadäquanz identifiziert, S. 64, deutlich gesagt; dort heißt es: "Sie (scil. die Sitte und damit auch die Sozialadäquanz) teile die Äußerlichkeit des Rechts, indem sie sich nur für das äußere Verhalten des Adressaten interessiere und sich zufrieden gebe, wenn ihr Gebot befolgt werde, einerlei aus welchen inneren Beweggründen."

sich erlaubt ist und die Sittenwidrigkeit allein in der subjektiven Einstellung des Täters gründet. Man denke an die Beispiele, wo das einzige Motiv des an sich erlaubten Handelns der aus feindseliger, gehässiger Gesinnung geborene Wunsch ist, den anderen zu schädigen, und wo daneben für die Wahrnehmung berechtigter Interessen kein Raum mehr ist¹¹⁾. Ist dem aber so, dann kann die Behauptung nicht stimmen, daß der Begriff der Sittenwidrigkeit eine äußerlich anstößige Handlung voraussetze.

Man wird sich sofort auch weiter fragen, ob die Fälle der allein durch den Beweggrund konstituierten Sittenwidrigkeit nicht doch auch als sozialinadäquate Lebensstatbestände angesehen werden können oder sogar angesehen werden müssen. Nach der Begemannschen These wäre das nicht möglich, weil sich das äußere Verhalten nicht beanstanden läßt und der unsittliche Beweggrund belanglos wäre. Sittenwidriges Verhalten wäre darnach in Einzelfällen mit dem Prinzip der Sozialadäquanz durchaus im Einklang; sittenwidriges Verhalten hielte sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung. Ein unmögliches Ergebnis, das schon der formelhaften Umschreibung des Begriffs nicht gerecht wird und das wohl auch Begemann nicht im Auge hat! So bleibt schließlich doch nichts anderes übrig, als der inneren Einstellung des Handelnden auch für die Beurteilung der sozialen Adäquanz-Inadäquanz nicht jede Bedeutung abzuerkennen und sie wie bei der Sittenwidrigkeit zu berücksichtigen.

Damit ist dann aber das von Begemann behauptete Unterscheidungsmerkmal wieder aufgegeben und die Prophezeiung Nikischs¹²⁾, man werde bei der Suche nach einem Maßstab für die Ermittlung der Sozialadäquanz am Ende seine Zuflucht doch wieder bei dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" nehmen, scheinbar in Erfüllung gegangen. Man darf aber nicht übersehen, daß dieses "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung eine besondere, auf die Sittenwidrigkeit (§ 826, § 138 BGB) ausgerichtete Bedeutung erhalten hat, daß es nur sittlich anstößiges, sittlich verwerfliches Verhalten, die größten Verstöße gegen Gerechtigkeit und Billigkeit als Unrecht brandmarkt. In dieser seiner spezifischen Bedeutung ist es nun nicht geeignet, den Maßstab für die Bemessung der Sozialadäquanz abzugeben. Das zeigt deutlich ein Hinweis auf die gesetzlichen Standardfälle in den §§ 242, 276 BGB¹³⁾,

11) Vgl. RGZ 74, 224 (230); 155, 327 (331); RGRK (11. Aufl.), § 826, Anm. 14; Soergel, § 826, Anm. A 1 d, wo unter Berücksichtigung der Rechtsprechung ausgeführt ist: "Äußerungen, die nach § 824 Abs. 2 zulässig wären, verstoßen gegen § 826, wenn sie in Beleidigungsabsicht oder in gehässiger Form erfolgen."

12) RdA 1953, 359.

13) Daß zwischen "Treu und Glauben" und den "guten Sitten" ein Unterschied ist, ist allgemeine Meinung; vgl. statt aller Palandt, § 242, Anm. 2 a.

die sich schwerlich allein durch den "Gute-Sitten-Begriff" ausgestalten und bestimmen lassen.

2. Wesen und Funktion der Sozialadäquanz:

a) Die abstrakte Regelung unserer Rechtsordnung als Anknüpfungspunkt:

Was aber ist dann Sozialadäquanz? Bevor auf diese Frage weiter eingegangen wird, seien kurz einige grundlegende Gedanken unserer Rechtsordnung vorausgeschickt, die als Anknüpfungspunkt der Erörterungen dienen sollen.

Jedes Recht ordnet innerhalb einer rechtsverbundenen Gesamtheit das äußere Verhalten seiner Mitglieder mit schlechthin verbindlicher Kraft¹⁴⁾, es regelt die sozialen Beziehungen des mitmenschlichen Zusammenlebens innerhalb einer Gruppe von Menschen¹⁵⁾. Dabei ist es ausgerichtet auf die Idee der Gerechtigkeit¹⁶⁾. So dient es der Herstellung und Sicherung einer sozialen Friedensordnung unter Ausgleich widerstreitender Interessen.

Zur Erreichung dieses seines Zieles setzt es Normen, die diese an der Gerechtigkeit orientierte Wertordnung umschreiben und dem einzelnen Rechtsgenossen mit Geboten und Verboten gegenüberreten. Dabei ist das Gebot oder Verbot keine konkrete Vorschrift, die auf den einzelnen Lebenssachverhalt unmittelbar anwendbar ist. Sie kann es auch gar nicht sein, denn das Leben ist so vielgestaltig, daß es immer wieder neu und anders in Erscheinung tritt und daß es unmöglich in allen seinen Bereichen umfassend und endgültig eingefangen werden kann¹⁷⁾. Die Rechtsordnung kann daher nur eine abstrakte Ordnung sein, sie kann nur generelle Normen, vom Einzelfall losgelöste Rechtssätze setzen, die von allem Zufälligen und Individuellen absehen und die in allgemeiner Form nur die typischen, im sozialen Leben wiederkehrenden Fälle regeln¹⁸⁾. Die Rechtsordnung interessiert sich nicht für den Kauf eines einzelnen Gegenstandes zu den im einzelnen Vertrag festgelegten Bedingungen, sondern für den Kauf schlechthin. "Was sie im Auge hat, sind typische wiederkehrende Beziehungen. Sie regelt zwar das soziale Leben, aber ergreift es nur in einer abstrakten, typischen Form"¹⁹⁾.

14) Vgl. Brockhaus, Bd. 9, S. 585; Lehmann, Allgem. Teil (12. Aufl., 1960), S. 66; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (15. Aufl., 1959), S. 210, 211 u. a. m.

15) Vgl. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 16.

16) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (15. Aufl., 1959), S. 214.

17) Vgl. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 54; Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 17.

18) Vgl. Lehmann, Allgem. Teil (12. Aufl., 1960), S. 49.

19) Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 17.

- b) Die Unzulänglichkeit dieser Regelung und das Ausweichen auf die Generalklausel;

Nun liegt es in der Natur jedes abstrahierenden Tatbestandes, daß er zwar das Wesentliche, das nur im Begriff sich manifestiert, herausstellt, daß er aber durch das Weglassen so vieler Eigenschaften und Beschaffenheiten des Gegenstandes, des Lebensvorganges usw. denselben wegen des Verlustes der konkreten Inhaltlichkeit in seiner Realität, in seiner wirklichen, einmaligen Erscheinung nicht mehr vollständig zu erfassen vermag und daß deshalb zur Entscheidung des individuellen Lebenssachverhalts neben dem Gesetz außergesetzliche Gesichtspunkte herangezogen werden müssen.

Das wird vor allem in denjenigen Fällen deutlich, in denen sich das Gesetz in der Erkenntnis, daß eine speziellere Regelung der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht entspreche, einer generalklauselartigen Fassung bedient. So wäre beispielsweise der Versuch, bei der fristlosen Kündigung den "wichtigen Grund" gesetzlich typisieren zu wollen, angesichts der unübersehbaren Fülle der Fallgestaltungen von vornherein aussichtslos²⁰⁾. Trotz der dadurch bedingten Unsicherheit bleibt also als Lösung nur die Generalklausel. So ist eine fristlose Kündigung dann zulässig, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses und die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden können²¹⁾. Auch bei der Definition des Fahrlässigkeitsbegriffs enthält sich das Gesetz einer Typisierung und verweist im § 276 II S. 2 BGB nur ganz allgemein auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, ohne zu sagen, was es in concreto darunter verstanden wissen will. Der Richter ist deshalb wiederum gezwungen, bei der Entscheidung des einzelnen Falles auf eine andere Richtschnur, d. h. auf außergesetzliche Maßstäbe zurückzugreifen. Das Maß des Erforderlichen bestimmt danach "der gesunde und normale Verkehr"²²⁾ unter Berücksichtigung bestimmter Lebensordnungen der Gemeinschaft²³⁾, einer bestehenden Übung, die nur nicht mißbräuchlich sein darf²⁴⁾.

Es ist aber auch denkbar, daß die begrifflichen Formeln, mit denen das - konkret gefaßte - Gesetz arbeitet, einen Lebenstatbestand entweder überhaupt nicht oder nicht passend regeln²⁵⁾. Man denke bloß an die im Strafrecht entwickelte Lehre

20) Vgl. Henkel, Festschrift für Mezger, S. 262.

21) Statt aller, Staudinger, (11. Aufl., 1958), § 626, Anm. 18.

22) Vgl. RGZ 95, 17; 105, 83; JW 1904, 356 u. 357.

23) JW 1904, 357; RGZ 95, 17; 102, 49; 113, 425 ff; 152, 140.

24) Vgl. JW 1904, 357; 1906, 352.

25) So kann ein förmlich anzuwendender Gesetzestatbestand in einem bestimmten Fall wegen der Rechtsfolge, die an ihn geknüpft ist, völlig unpassend sein, weil der Gesetzgeber an den Fall nicht gedacht hat (vgl. Lehmann, Allgem.

vom übergesetzlichen Notstand oder an die Regeln über die Haftung des Arbeit-

Teil (10. Aufl., 1957), S. 50, 56). Das Gesetz reicht zu einer gerechten Lösung nicht aus, und so ist man gezwungen, auf einen anderen Entscheidungsmaßstab zurückzugreifen. Das wird sofort deutlich, wenn man den Weg des Richters geht, der unter die vom Gesetzgeber geschaffenen abstrakten Tatbestände den einzelnen Lebenssachverhalt zu subsumieren hat, und sich das Problem an einem Beispiel vergegenwärtigt. Die Vorschrift des § 303 StGB stellt die Sachbeschädigung unter Strafe. Mit dieser Bestimmung hatte sich das Reichsgericht einmal in einer Entscheidung (RGSt 10, 120 ff) auseinanderzusetzen, die einen Fall betraf, wo der Delinquent ein ihm nicht gehöriges, aber völlig wertloses Schreiben zerrissen hatte. Das Reichsgericht hat - gänzlich zu Recht - trotz förmlichen Vorliegens sämtlicher Tatbestandsmerkmale Sachbeschädigung verneint, denn es widerspräche jedem vernünftigen Rechtsdenken, eine solche Handlung als kriminelles Unrecht anzusehen. Obwohl § 303 StGB auf ein Wertmerkmal nicht abstellt, führt das Reichsgericht aus, an schlechthin wertlosen Gegenständen könne das Delikt nicht begangen werden. Die Sache müsse, wenn auch keinen Tauschwert, zumindest für den Eigentümer einen Gebrauchswert oder Affektionswert haben; andernfalls verbinde sich mit ihr wegen ihrer Geringfügigkeit kein vernünftiges Interesse, und die Beschädigung oder Zerstörung sei kein Eingriff in die fremde Herrschaftssphäre (an Statt auf das Fehlen der Fremdheit der Sache hätte man vielleicht besser auf das Fehlen des Sachbegriffs abgestellt). Ähnliche Fragen ergeben sich bei den §§ 242 ff, 246 StGB: Die Zueignung einer einzelnen Kornblume auf dem Felde, einer Topfscherbe, eines Restes Zigarettenasche, einer alten Zeitung, des als Niete gezogenen Lotterieloses oder eines schon entwerteten Gewinnloses (RGSt 69, 76) wird vom Diebstahls- bzw. Unterschlagungstatbestand nicht erfaßt. "Strohhalmaffären einer Transzendental-Jurisprudenz (v. Jhering) sind damit von vornherein ausgeschlossen" (vgl. LK. Vorbem. B III 1 vor § 242; abweichend allerdings RGSt 51, 97).

Die Starrheit der abstrakten Normen, deren Geltung sich über größere Zeiträume erstreckt, macht sich oft auch dadurch bemerkbar, daß die Normen den inzwischen eingetretenen Wandlungen in den Auffassungen des gemeinschaftlichen Zusammenlebens nicht mehr gerecht werden. Die Entwicklung eines Volkes geht besonders in der heutigen, schnellebigen Zeit rasch vor sich, so daß das Gesetz, das seine Wertungen an der im Zeitpunkt seines Erlasses geltenden Ordnung vollzogen hat, im einzelnen nicht mehr dem gewandelten Rechtsempfinden entspricht. So geht das BGB - ein Erzeugnis des Liberalismus - davon aus, daß der Dienstverpflichtete dem Dienstherrn für jede schuldhaft e Schädigung zu haften hat, die dieser an seinen Rechtsgütern erleidet. Das ist mit der heutigen Auffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses als eines personenrechtlichen, vom Gedanken gegenseitiger Treue be-

nehmers bei schadensgeneigter Arbeit, die beide praeter legem entwickelt

herrschten Gemeinschaftsverhältnisses unvereinbar. Der Grundsatz hat daher durch die Rechtsprechung eine erhebliche Einschränkung erfahren: Hat der Arbeitnehmer bei schadensgeneigter Arbeit nur leicht fahrlässig gehandelt, so ist der entstandene Schaden in angemessenem Umfang zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu teilen (vgl. die bahnbrechenden Entscheidungen des RAG, ARS 41, 55 und 259; 43, 108; 46, 136, sowie Hueck, Lehrbuch, S. 212 f; vgl. dazu nochmals die Entscheidung des Oberappell.-Ger. München, Seuff-Arch 14, 354 ff).

Weiter ist es trotz der abstrakten Regelung durchaus auch möglich, daß ein vom Gesetzgeber nicht erwogener Sachverhalt von einer Norm überhaupt nicht - auch nicht dem Wortlaut nach - erfaßt wird, weil eine Gesetzeslücke vorhanden ist, bezüglich derer das Rechtsgefühl nach einer Ausfüllung verlangt (Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (15. Aufl., 1959), S. 336). "Die Fülle des Lebens läßt sich eben nicht in Formeln bannen" (vgl. Lehmann, Allgem. Teil (10. Aufl., 1957), S. 50). Das hat sich u. a. gezeigt, als sich das Reichsgericht mit der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung zu befassen hatte. Diesem von ärztlicher Seite als selbstverständlich in Anspruch genommenen und notwendigen Eingriff standen vom geschriebenen Recht her unüberwindliche Hindernisse entgegen, weil er weder vom Notstand des § 54 StGB (vgl. RGSt 61, 249 ff) noch von den anderen gesetzlich fixierten Rechtfertigungsgründen (vgl. RGSt 61, 252) gedeckt war (vgl. auch Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil (2. Aufl., 1958), S. 259 ff). Trotzdem ließ die erlösende Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. 3. 1927 (RGSt 61, 242 ff) nicht zuletzt auf Grund der in der Wissenschaft und auch vom Reichsgericht selbst geleisteten Vorarbeiten (vgl. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, S. 760 ff, der für den Fall der Pflichtenkollision den Grundsatz aufstellt, daß die Erfüllung der höheren Pflicht auf Kosten der minderwertigen nicht rechtswidrig sein könne; ferner derselbe, Lehrbuch, Bd. I, S. 38; von Calker, Frauenheilkunde und Strafrecht, S. 14, 19, 28 ff; Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 11; Frank, StGB, (15. Aufl., 1924), S. 134 f u. a. m.; sowie RGSt 20, 190 (191 ff); 36, 78 (80 ff); 56, 168 (170 ff); 59, 404 (407); 60, 295 u. a. m.) die Schwangerschaftsunterbrechung zur Abwendung des Todes (= Verlustes des Lebens) oder einer schweren Gesundheitsschädigung der Mutter mit folgender Begründung zu: "In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechenform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboden oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden - Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung" (vgl. RGSt 61,

worden sind²⁶⁾. Weil also das Gesetz in diesen Fällen oft die richtige und deshalb letzte Antwort nicht gibt und gar nicht geben kann, müssen auch hier wieder außergesetzliche Grundsätze der Rechtsanwendung dienen. Allgemeine Rechtsgedanken müssen zur Schließung gesetzlicher Lücken herangezogen werden.

Weil aber die Entscheidung darüber, ob das Gesetz die richtige Regelung bringt, wiederum von allgemeinen Wertungen abhängt, spielen die vorerwähnten Wertungsgrundsätze schon bei der Beantwortung dieser bereits vorweg zu prüfenden Frage eine entscheidende Rolle. Es muß also zunächst, wenn Zweifel an der Richtigkeit der Lösung bestehen, geprüft werden, ob das allein mit Hilfe des positiven Rechts gefundene Ergebnis (noch) "vertretbar" ist, und erst dann, wenn diese Prüfung so sehr im Sinne der Unvertretbarkeit ausgefallen ist, daß es unmöglich und unter keinem Gesichtspunkt mehr hinnehmbar ist, kann eine Gesetzesergänzung durch Heranziehung vorgesetzlicher Ordnungsprinzipien in Betracht kommen.

c) Der materiale Gerechtigkeitsgedanke als Orientierungspunkt; die materiale Komponente der Sozialadäquanz:

Diese Ordnungsprinzipien müssen sich nun - weil im Dienste der Rechtsanwendung stehend - an den gleichen Prinzipien orientieren wie das Gesetz auch, letztlich also wiederum an der Rechtsidee, am Gerechtigkeitsgedanken als solchem. Was aber ist "Gerechtigkeit"? , "Quid est veritas?", lautet die Pilatusfrage. Der Gerechtigkeitsbegriff für sich allein gibt für die Beurteilung, was im einzelnen gerecht, was ungerecht ist, nichts her. Man kann die Gerechtigkeit als das zeitlos gültige Maß sozial richtigen Verhaltens, als die Idee, die dem positiven Recht eines jeden Volkes zugrunde liegt, definieren²⁷⁾. Aber damit ist über ihren materialen Gehalt noch nichts ausgesagt. Man muß deshalb nach einer außerhalb des Begriffs liegenden Richtschnur suchen, um daran den als gerecht oder ungerecht zu beurteilenden Tatbestand zu messen. Die Versuche, dabei die Vorstellungen einer Religion, einer Philosophie, einer bestimmten Weltanschauung zugrunde zu legen, müssen für das Recht zwangsläufig scheitern; denn es soll ja auch für diejenigen

254). Danach muß das geringerwertige Gut dem höherwertigen weichen, der Eingriff in das geringwertige ist nicht rechtswidrig (vgl. RGSt 61, 254). Die bekannte Entscheidung, die - im Einklang mit dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden - uneingeschränkte Zustimmung erfahren hat (vgl. Maurach, Deutsches Strafrecht (2. Aufl., 1958), S. 260), hat eine offensichtlich im positiven Recht vorhanden gewesene Lücke geschlossen; der darin ausgesprochene Grundsatz ist heute gewohnheitsrechtlich anerkannt.

26) Vgl. dazu Fußnote 25.

27) Vgl. Hoffmeister, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, S. 260, Gerechtigkeit.

Rechtsgenossen gelten und gerecht sein, die nicht von dieser Religion, Philosophie, Weltanschauung usw. ausgehen. Es ist klar, daß sich jede Wertung als eine Gefühls- und Willenssache und damit als Ausdruck der persönlichen Eigenart der Lebensauffassung des Urteilenden bzw. dessen dem man die Wertung vollziehen läßt, kennzeichnet, daß sie etwas subjektiv Bedingtes und deshalb Relatives ist (Kant, Max Weber, Radbruch, Riezler)²⁸⁾. Trotzdem muß das Recht, weil es für alle gelten soll, den Versuch unternehmen, nach einem allgemeinen, zur Objektivität hintendierenden Maßstab zu suchen. Und als solcher bietet sich ihm nur der Weg der Empirik, d. h. an Hand der Phänomene das Gerechte zu erforschen. So gesehen wird das Gerechtigkeitsprinzip gestaltet durch die in einem Rechtskreis allgemein geltenden sittlichen Vorstellungen, wie sie in den konkreten Erscheinungsformen, den Lebensordnungen der Gemeinschaft, wie der Ehe, Familie, dem Betrieb, Berufsstand, dem Volk, Staat usw. - geformt durch die sozialetische Auffassung von den sittlichen Werten - in einer Kulturepoche zum Ausdruck kommen. Damit ist der Gerechtigkeitsgedanke - bestimmt durch das Rechtsempfinden der Gemeinschaft, bestimmt durch die Wertungen des Gesamtbewußtseins - auf eine breite Grundlage gestellt. Das absolute Gerechtigkeitsprinzip ist freilich nicht gefunden.

Diese Methode geht von der Erkenntnis aus, daß die sittlichen Vorstellungen des Menschen in den verschiedenen Kulturen verschieden ausgestaltet sind, daß sie selbst innerhalb derselben Kultur im Verlauf einzelner Epochen einem stetigen Wandel unterliegen und dementsprechend eine verschiedene räumlich und zeitlich beschränkte Geltung besitzen. Diese Relativität des Rechtsgedankens kommt besonders treffend in der Formulierung Riezlers²⁹⁾ zum Ausdruck, wonach "alles Recht ... in Beziehung steht zu bestimmten geschichtlichen, politischen, sozialen, wirtschaftlichen, kurz empirischen Voraussetzungen" und wonach "es, da diese Voraussetzungen nicht überall und nicht zu allen Zeiten die gleichen sind, selbst bei den verschiedenen Völkern ... verschieden und einem ständigen Wechsel unterworfen ist; negativ ausgedrückt, daß es kein von solcher Bezogenheit freies allgemeingültiges positives Recht, aber auch kein allgemeingültiges, also 'absolutes' Rechtsideal geben kann"³⁰⁾ 31).

28) Vgl. Joerges, Zeitschrift für Rechtsphilosophie, Bd. II, S. 210.

29) Vgl. Festgabe für Wenger I, 24 (Fundstelle und Zitat entnommen aus Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 105), sowie seine sinngemäß übereinstimmende Kritik von Reinachs a priori'scher Rechtslehre, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 17, 264, insbes. 278.

30) Vgl. auch Joerges, Zeitschrift für Rechtsphilosophie, II, 209 ff; ferner auch Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 22.

31) Jedes Recht, das sich nicht nach den Wertungen des von ihm erfaßten Verbodes richtete, wäre für diesen nicht Recht sondern Unrecht.

Damit ist die eine Seite der Sozialadäquanz, die sozialetische Komponente, im wesentlichen umrissen. Der Rückgriff auf die als solche nicht faßbare Rechtsidee erfolgt an Hand der geschichtlich herausgebildeten Auffassungen der Gemeinschaft, die - aus dem Gerechtigkeitsgedanken herausgewachsen - als dessen Vergegenständlichung und Konkretisierung materiale Wertungen vollziehen.

d) Die formale Komponente der Sozialadäquanz:

Dabei aber sind - und das ist bisher nicht genügend zum Ausdruck gekommen - diese sozialetischen Auffassungen der Gemeinschaft mehr oder weniger durch die faktische Übung mitbestimmt, in der man die Verwirklichung des Rechtsgedankens seit eh und je in einem bestimmten Sinne praktiziert sieht. Der Hang an der Tradition, in der man die oft nur sehr schwer zu ermittelnde Gerechtigkeit schon als ermittelt vorfindet oder vorzufinden glaubt, ist die Ursache für diese mitbestimmende Funktion des Überkommenen, durch die die Gerechtigkeitsvorstellungen der Alten am Leben bleiben³²). Diese Erscheinung kann nun sogar soweit führen, daß eine bestehende Ordnung als gerecht fortgilt, obwohl sich die materialen Wertungsprinzipien im Laufe der Zeit so sehr geändert haben³³), daß diese Ordnung zwar nicht zu ihnen in Widerspruch steht, jedoch nicht mehr voll von ihnen getragen wird; die gewesenen Gerechtigkeitsvorstellungen werden - obwohl mit den gegenwärtigen nicht mehr übereinstimmend - in der äußeren, blutleer gewordenen Ordnung als Recht fortempfunden. So ist die Sozialadäquanz mit einem Fluß vergleichbar, der sich vor Zeiten unter vollem Einsatz seiner Kraft ein tiefes Bett gegraben hat, in dem er nun in geordneter Bahn dahinfließt, dessen Wasser sich aber auch längst einen anderen Weg gesucht haben kann (nicht muß), während das große, fast leere Bett nur noch ein Rinnsal, jedoch immer noch der alte Fluß ist. Insoweit hat Begemann dann auch recht, wenn er die Sozialadäquanz mit der Sitte vergleicht, weil sie genauso wie diese nicht mehr notwendig wertbezogen ist, und wenn er ihr in Unterscheidung von den "guten Sitten" die Innerlichkeit abspricht, weil diese nur durch das Mittel der Fiktion, d. h. der stillschweigenden Übereinkunft, sich so zu verhalten, als stünde hinter der Äußerlichkeit der Sitte die dazugehörige Innerlichkeit, gegeben zu sein braucht. Nur darf er - wie er es offensichtlich tut - unter der Innerlichkeit nicht auch die subjektive Einstellung (verwerfliche Gesinnung) des Handelnden verstehen, die etwas ganz anderes ist als die an den allgemeinen Auffassungen orientierte objektivierte Wertung und die sich als Unterscheidungsmerkmal zum "Gute-Sitten-Begriff" nicht

32) "... Denn neben diesen Gefühlen (scil. das Neue zu suchen)

Gab die Natur uns auch die Lust, zu verharren im Alten
Und sich dessen zu freuen, was jeder lange gewohnt ist."
(Goethe, Hermann und Dorothea, Polyhymnia)

33) Sei es auch nur, weil sich die tatsächliche Situation geändert hat.

eignet, weil ein in verwerflicher Gesinnung unternommener Verstoß ebenso gut gegen eine bloß formale Ordnung möglich ist³⁴⁾.

e) Das Ergebnis:

Die Sozialadäquanz ist danach - um das Wesentliche nochmals zusammenzufassen - ein durch zwei Komponenten bestimmter Begriff: Sie ist einmal, weil sie an Hand der Gemeinschaftsvorstellungen Wertungen vollzieht, ein sozialetisch-materialies Prinzip; sie ist zum anderen, soweit sie an die geschichtliche Übung anknüpft, ein traditional-formales Prinzip³⁵⁾.

3. Die Abgrenzung zur normativen Kraft des Faktischen und zum Gewohnheitsrecht:

a) Zur normativen Kraft des Faktischen:

Die Hervorkehrung des formalen Moments der Sozialadäquanz gibt Anlaß, sie der "normativen Kraft des Faktischen" und schließlich dem Gewohnheitsrecht gegenüberzustellen³⁶⁾.

Nach der Lehre von der normativen Kraft des Faktischen kann die tatsächliche Übung schon in kurzer Zeit Einfluß auf den Gemeinwillen nehmen und Recht erzeugen. "Der Mensch sieht das ihn stets Umgebende, das von ihm fortwährend Wahrgenommene" plötzlich nicht mehr nur als Tatsache, "sondern auch als Beurteilungsnorm an, an der er Abweichendes prüft, mit der er Fremdes richtet"³⁷⁾. Die Macht der Tatsachen schafft Recht³⁸⁾. Die formale Komponente der Sozial-

34) Anton grüßt Berta nicht, weil sie ihm verhaßt ist; das Unterlassen des Grüßes bleibt trotz dieses niedrigen Beweggrundes ein Verstoß gegen eine Konventionalregel.

35) Unrichtig ist deshalb die Auffassung Boruckis, ArbuR 1962, 225, der (für den Arbeitskampf) die Sozialadäquanz ausschließlich nach formalen Gesichtspunkten bestimmt.

36) Vgl. Bueckling, Zur Frage der Rechtmäßigkeit des politischen Streiks, S. 4, 10 f, 20; Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 100.

37) Vgl. Georg Jellinek, Allgem. Staatslehre, S. 337 ff. Jellinek weist z. B. darauf hin, daß die Befehle priesterlicher und staatlicher Autoritäten zunächst vielleicht aus Furcht befolgt würden, daß sich daraus aber die Vorstellung entwickle, der oftmals wiederholte Befehl sei verpflichtende Norm.

38) Vgl. statt aller Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (15. Aufl., 1959), S. 208 f.

adäquanz hingegen, die selbstverständlich durch die Kraft des Faktischen geworden sein kann³⁹⁾, hält die alten Gerechtigkeitsvorstellungen in den äußeren Ordnungen aufrecht und bewahrt sie vor dem Verfall. Die normative Kraft des Faktischen hat rechtskräftigende, die Sozialadäquanz konservierende Wirkung.

b) Zum Gewohnheitsrecht:

Schwieriger ist die Abgrenzung zum Gewohnheitsrecht. Das Gewohnheitsrecht hat seinen Geltungsgrund im Willen der Gemeinschaft und in einer langdauernden Übung, es gründet - wie die Sozialadäquanz - auf einem materialen und einem formalen Element. Der Unterschied zwischen beiden Prinzipien beruht in der Tat auch weniger in der konstruktiven Zusammensetzung als in den ungleichen Rechtswirkungen. Während Gewohnheitsrecht stets nur ein Rechtssatz sein kann⁴⁰⁾, braucht die Sozialadäquanz, die sich z. B. mit der Auslegung schon vorhandener Normen (§§ 242, 276 BGB) begnügt, einen solchen nicht zu erzeugen. Das zeigen selbst diejenigen Fälle, in denen sie gleich einem echten Rechtfertigungsgrund fungiert. So waren bis zum Erlaß des Constanze-Urteils des Bundesgerichtshofs vom 26. 10. 1951⁴¹⁾ der arbeitsrechtliche Kampfstreik und in der Regel der nicht unlautere Konkurrenzkampf gestattet, weil sie keinen Eingriff in ein absolutes Recht bedeuteten und deshalb nicht tatbestandsmäßig nach § 823 BGB waren. Nach Eintritt der durch die neue Rechtsprechung erfolgten Wendung konnten diese bisher unverboden Handlungen auch für die Zukunft nicht verboten sein, wollte man die überkommene Ordnung nicht völlig aus den Angeln heben. Freilich nicht deshalb, weil Konkurrenz- und Arbeitskampf auch weiterhin als nicht tatbestandsmäßig nach § 823 BGB angesehen worden wären - stand dem doch das höchstrichterliche Erkenntnis entgegen - oder weil das Gewohnheitsrecht sie erlaubt hätte; denn ein unrechtsausschließender Rechtssatz (= normierter Rechtfertigungsgrund), dessen man nie bedurft hatte, hatte sich unter der alten Doktrin nicht ausgebildet und nicht ausbilden können. Es stand zwar auf Grund langdauernder Übung unumstößlich fest, daß die wettbewerbs- und arbeitskampfwesen Schädigungen fremder Interessen grundsätzlich hingenommen werden müssen. Aber diese Übung besagte nicht auch, daß die vorerwähnten Schädigungen, nunmehr Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, hinzunehmen seien, weil sie durch einen Unrechtsausschließungsgrund gedeckt seien; denn es fehlte an einer durch langdauernde Übung geschaffenen strikten Kennzeichnung des allgemeinen Gedankens zum Rechtfertigungsgrund und damit zur

39) Nach Köst, Arbeitsrecht, S. 207, darf bei der in der Adäquanz liegenden Bewertung die Faktizität nicht unberücksichtigt bleiben.

40) Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts (3. Aufl., 1956), S. 58.

41) Vgl. oben § 2, 1.

echten Rechtsnorm⁴²⁾. So mußte man die Sozialadäquanz bemühen, die auf dieses Erfordernis nicht abstellt. In der Zwischenzeit mögen allerdings die Verhältnisse etwas andere geworden sein; denn mehr und mehr hat sich in den letzten Jahren die Auffassung durchgesetzt, Schädigungen im Arbeits- und Wirtschaftskampf seien grundsätzlich im rechtstechnischen Sinne gerechtfertigt. Indessen gestatten es aber die flüssigen Grenzen und die unscharfen Umrisse des Rechtfertigungsgrundes wohl kaum, von Gewohnheitsrecht im Sinne einer strikten, fest umrissenen Norm zu sprechen⁴³⁾. Die abweichende Ansicht von Niese und Nikisch⁴⁴⁾ muß deshalb auf Widerspruch stoßen⁴⁵⁾.

4. Die mit der Anwendung der Sozialadäquanz als einer Generalklausel verbundenen Gefahren und die Notwendigkeit ihrer Zurückdrängung zugunsten des positiven Rechts:

Der Grundsatz der Sozialadäquanz ist ein allgemeiner Maßstab, der jeden Lebens- und Tatbestand seinem ganzen Inhalt nach seiner Herrschaft unterstellt. Er steht hinter und neben jedem Gesetzeswort. Wegen dieser seiner Allgemeinheit birgt er die ernste Gefahr in sich, daß an die Stelle klarer und strenger Normen zu sehr das Rechtsempfinden des Volkes tritt und dadurch die Rechtssicherheit erheblich gefährdet wird. Verweichlichung, Unsicherheit des gesamten Rechtslebens und Willkür sind die möglichen Folgen einer jeden Generalklausel⁴⁶⁾. Mit einer solchen Aufdeckung der Gefährlichkeit des Begriffs soll jedoch nicht grundsätzlich gegen seine Bedeutung, die sich aus der ihm zukommenden Aufgabe ergibt, angegangen werden; Unsere Rechtsordnung ist ein System von ineinandergreifenden präzisen und umfassenden Gesetzesvorschriften. Das muß sie sein, damit Voraussehbarkeit, Bestimmtheit und Nachprüfbarkeit des Rechts hinreichend gewährleistet sind, und die Rechtssicherheit als Grundlage der Gemeinschaftsordnung erhalten bleibt. In dieser Absolutheit hat jedoch auch dieses System unverkennbare Nachteile. Es führt zu einer Strenge, Unwandelbarkeit und Starrheit und damit

42) Das erhellt deutlich daraus, daß der Sozialadäquanz erst tatbestandsausschließende, dann unrechtsausschließende Wirkung zugesprochen wurde.

43) Wie problematisch und umstritten die Grenzen der Streikfreiheit sind, wird im zweiten Hauptteil abgehandelt.

44) Vgl. Niese, Streik und Strafrecht, S. 33; Nikisch, Lehrbuch II, S. 128; selbst Welzel, Strafrecht (6. Aufl., 1958), S. 74, sieht die Sozialadäquanz als gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrund an.

45) Zugegeben sei allerdings, daß die Grenzen zum Gewohnheitsrecht flüssig sind.

46) Vgl. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, S. 66.

zu einer Lebensferne des Rechts, wie sie für die Rechtsordnung nicht tragbar erscheinen. Der enge Zwang des Gesetzes hindert nämlich sowohl die gerechte Entscheidung des individuellen, stets einmaligen Lebenssachverhaltes⁴⁷⁾ als auch jede Fortentwicklung des Rechts und seine Anpassung an geänderte Verhältnisse. Deshalb ist ebenso wie die Bindung an die strikte Norm gleichsam als Gegenpol eine gewisse Freiheit in der Gesetzesanwendung notwendig, wie sie durch weicher gefaßte Tatbestände und insbesondere durch Generalklauseln geschaffen wird. Durch sie werden in das Recht die erforderliche Anpassungsfähigkeit und Elastizität getragen, die erst das Wesen einer lebensfähigen Rechtsordnung ausmachen. Ihre Geschmeidigkeit und Biegsamkeit ermöglicht die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, der geänderten Anschauungen einer modernen Zeit oder auch die Bewältigung neuer rechtlicher Probleme, wie sie sich aus einer plötzlich veränderten tatsächlichen Situation ergeben können und denen das nur auf bisher bekannte Fallgruppen ausgerichtete Gesetz hilflos gegenübersteht.

So gesehen muß ein gesundes Recht beides bedeuten: Bindung und Freiheit zugleich, wie dies schon durch das Gegensatzpaar des *ius strictum* und des *ius aequum* des römischen Rechts gekennzeichnet ist. Beide treten im einheitlichen Rechtssystem zueinander in Beziehung und erzeugen, weil sie Gegensätze sind, ein Spannungsverhältnis, in dem das Recht lebt. In diesem Spannungsverhältnis vollzieht sich ein steter Kampf zwischen dem Herrschaftsbereich des strikten Gesetzes und der Reichweite der Generalklausel. Hier das richtige Verhältnis der beiden zueinander zu finden, ist eine schwierige Aufgabe. Der Versuch einer Lösung dieser Frage kann nur allgemeiner Art sein; eine konkrete Entscheidung ist immer nur für den einzelnen Fall möglich. Entsprechend der Gesamtkonzeption unseres Rechtssystems muß im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit grundsätzlich die strikte Norm den Vorrang haben. Die "Flucht in die Generalklausel", die stets den Keim der Anarchie in sich trägt, bedeutet eine nicht zu verkennende Gefahr. Bei ihrer Anwendung ist deshalb ganz besondere Vorsicht am Platze und ihre Zuhilfenahme muß die Ausnahme bleiben. Dies gilt in ganz besonderem Maße auch für ein so allgemeines Prinzip wie das der Sozialadäquanz. Es darf deshalb in seiner gesetzeseinwirkenden Funktion nur dort zum Zuge kommen, wo entweder das Gesetz ausdrücklich auf es verweist und *praeter legem* ausnahmsweise da, wo unsere Rechtsordnung nach seiner Anwendung "schreit". Das mahnende Wort Hedemanns, mit dem seine Schrift "Die Flucht in die Generalklauseln" ausklingt, gilt auch für die Sozialadäquanz; "Der Richter . . . muß dem Wesen dieser unheimlich vordringenden Generalklauseln scharf ins Gesicht sehen und er muß sich äußerste Sparsamkeit in ihrem Gebrauch zur Pflicht machen. Nur so sichert er sich den Halt, um ein Abgleiten seiner selbst und damit der Rechtspflege seiner

47) "Summum ius, summa iniuria!"

Nation zu verhüten"⁴⁸⁾. Nur in dieser Beschränkung kann dann die Sozialadäquanz ihre Aufgabe sinnvoll erfüllen, die ihr das Recht zugedacht hat, nämlich die notwendige Ergänzung des geschriebenen und ungeschriebenen Gesetzes zu sein. So verlockend es für die "Erfinder" der Sozialadäquanz auch sein mag, dem neu entwickelten Gedanken in der Praxis der Rechtsanwendung starkes und entscheidendes Gewicht beizulegen, so kann doch, wie vor jeder Generalklausel, nicht entschieden genug davor gewarnt werden, sich unter Berufung auf ihn der Mühe sorgfältiger Gesetzesbeachtung und eingehender Überlegungen zu entziehen und vorschnelle Billigkeitsurteile zu fällen. Das Rechtsgefühl kann niemals die Stelle des strengen Gesetzes vertreten. Andernfalls wird es wahr, daß die Anwendung der (bequemen) Generalklausel als Indiz einer gewissen Übermüdung, als langsames Nachlassen der Kraft eines Volkes gewertet werden kann⁴⁹⁾, und es erhebt sich die Frage, ob nicht wiederum mit der Hinwendung zum "ius aequum" der Niedergang beschlossen ist.

Es muß an dieser Stelle Welzel und Nipperdey vorgehalten werden, daß sich eine Reihe der von ihnen angeführten Beispiele auch ohne Zuhilfenahme der sozialen Adäquanz lösen lassen. Das gilt namentlich für die kriegsgemäßen Tötungen, Zerstörungen usw., die kraft Kriegsrechts gestattet sind, sowie auch für viele trotz Einhaltung der Spielregeln verursachte Sportverletzungen, die - wie Wussow⁵⁰⁾ richtig erkennt - nur deshalb nicht widerrechtlich sind, weil ein Rechtfertigungsgrund in Gestalt der Einwilligung vorliegt⁵¹⁾ 52).

48) Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, S. 76.

49) Vgl. Hedemann, aaO, S. 60.

50) NJW 1958, 892.

51) Man denke an den Boxkampf, wo an sich schon jeder Schlag eine Körperverletzung darstellt.

52) Andererseits können entgegen Wussow, aaO, das Haarschneiden oder die Benutzung eines Verkehrsmittels sehr wohl unter die sozialadäquaten Handlungen fallen. Es mag zwar zugegeben sein, daß ein Friseur, der eine andere als die verlangte Frisur herstellt, eine Körperverletzung begeht; aber soll sich auch derjenige geschäftstüchtige Barbier eines solchen Deliktes schuldig machen und zur Schmerzensgeldzahlung verpflichtet sein, der den beim Haarschneiden eingeschlafenen Kunden auch gleich rasiert, obwohl dieser bei Auftragserteilung zu erkennen gegeben hat, daß er sich nur die Haare schneiden lassen, aber nicht auch rasiert sein wolle, weil er das immer selber mache? Der Straßenbahnfahrgast, der an der Antonstraße aussteigen will und nicht weiß, daß diese Haltestelle neuerdings aufgehoben ist, kann das Anhalten der Straßenbahn unter Hinweis auf § 239 StGB nicht verlangen und ist bis zur nächsten Station Bertastraße seiner Freiheit nicht beraubt. Sehr umstritten ist es, ob sich die Rechtmäßigkeit des notwendigen und kunstgerech-

5. Die zusammenfassende Stellungnahme:

Die Sozialadäquanz orientiert sich am Gerechtigkeitsgedanken, der sich seinerseits nach den in einem Rechtskreis historisch gewordenen sittlichen Vorstellungen der Gemeinschaft richtet. Darnach ist die Sozialadäquanz ein sozialetisch materielles Prinzip mit einer traditional-formalen Komponente. Als umfassende Generalklausel birgt sie die Gefahr einer "Verweichlung des Rechts" in sich; ihre Anwendung ist deshalb nur da am Platze, wo das Recht nach ihr "schreit".

ten ärztlichen Heileingriffs bereits aus der Sozialadäquanz ergibt oder ob die Einwilligung des Verletzten erforderlich ist; auf das Problem kann hier jedoch nicht weiter eingegangen werden.

1. Ausgangspunkt und Problematik:

Man hat die Sozialadäquanz, wie im ersten Abschnitt dieses Hauptteils¹⁾ dargelegt worden ist, in den Rahmen des Deliktsaufbaus gestellt und ihr zunächst tatbestandsausschließende, später unrechtsausschließende Wirkung zugesprochen. Man fragt sich, ob ein Unterfangen, dem im vorausgehenden Paragraphen²⁾ erarbeiteten allgemeinen Begriff innerhalb der Rechtssystematik des Deliktsaufbaus einen bestimmten Platz zuzuweisen, möglich ist, ohne seinem Wesen Zwang anzutun. Manche Stimmen haben auf die Unzulänglichkeit einer solchen festen Einreihung im Deliktsaufbau bereits hingewiesen. Nach der Meinung Hubmanns³⁾ müsse die Sozialadäquanz aufgelöst werden in ihre tatsächliche und normative Komponente; sozialadäquate Handlungen seien dann teils nicht tatbestandsmäßig, teils nicht rechtswidrig. Aber auch diese einfache Differenzierung muß sich, wie noch zu zeigen sein wird, für ein so allgemeines Rechtsprinzip, das die gesamte Rechtsordnung erfaßt, als zu eng erweisen. Stoll hat darauf in einem Aufsatz⁴⁾ mit einer treffenden Formulierung aufmerksam gemacht: "Man sieht, daß sich unter dem schillernden Begriff der sozialen Adäquanz verschiedene rechtliche Erscheinungen verbergen, was einer gesonderten Untersuchung wert wäre." Diese Untersuchung soll im folgenden unternommen werden.

2. Die Sozialadäquanz in ihrer tatbestandsausschließenden Wirkung:

Die Rechtsgüter müssen sich - um in der Bildersprache Welzels zu bleiben - im Gegensatz zu den sorgfältig in Vitrinen verwahrten Museumsstücken die unzähligen alltäglichen Beeinträchtigungen und Gefährdungen gefallen lassen, die man im Laufe eines Tages erleidet, z. B. die Freiheitsbeschränkungen und sonstigen Verletzungen als normale Begleiterscheinungen des modernen Reiseverkehrs⁵⁾. Rechtsverletzend sind somit nur Handlungen von gewisser Erheblichkeit⁶⁾. Das

1) Vgl. §§ 1 und 2.

2) Vgl. § 3.

3) JZ 1957, 522.

4) JZ 1958, 137 (142).

5) Welzel, ZStW 58, 514 ff.

6) Mezger, Strafrecht, Besonderer Teil (6. Aufl., 1958), S. 69.

Gesetz hat diesen Grundsatz in einer Reihe von Fällen selbst ausgesprochen. Das Strafgesetzbuch bestraft in § 360 Z. 11 die Erregung nicht jeden, sondern nur des groben Unfugs, in § 366 Z. 2 nur das übermäßig schnelle Fahren; zur fristlosen Kündigung berechtigt nur ein wichtiger (= besonders schwerwiegender) Grund (§ 626 BGB). Aber nicht immer ist das Prinzip, obwohl es auch dann eine praktisch bedeutende Rolle spielt, so deutlich herausgestellt. Der Begriff der unzüchtigen Handlung setzt eine gröbliche Verletzung des Anstands- und Sittlichkeitsgefühls voraus⁷⁾; plumpe Vertraulichkeiten oder geschmacklose Liebkosungen sind noch nicht unzüchtig, denn die Auffassung des pruden Muckers ist nicht entscheidend⁸⁾. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts liegt unerlaubte Geschenkannahme im Sinne von § 331 StGB nur dann vor, wenn die Leistung ein Entgelt für die Vornahme einer Amtshandlung darstellt; ein Geschenk, das in den Regeln des sozialen Verkehrs und der gewöhnlichen Höflichkeit seinen Grund hat und unter bestimmten zeitlichen oder lokalen Verhältnissen sogar unvermeidlich sein kann⁹⁾, z. B. die Annahme eines Firmenkalenders zum Jahreswechsel, eines Bierzeichens für eine "Oktoberfestmaß", fällt nicht unter § 331 StGB. Auch das Pflücken eines Sträußchens Wiesenblumen ist noch kein Diebstahl¹⁰⁾.

Diese ganz unbedeutenden Handlungen unterfallen wegen ihrer völligen Harmlosigkeit¹¹⁾ nicht dem vom Gesetz normierten Verbot. "Ein solcher Eingriff ist nicht das typische Unrecht, wie es der Gesetzgeber meint. Der freundschaftliche Puff . . ., die Wegnahme der wertlosen Sache, die Weitergabe eines Gerüchtes im engsten Familienkreise stellt in der Regel keine Tatbestandsverwirklichung dar, weil dies alles die Rechtsordnung nicht fühlbar berührt"¹²⁾. In diesen Fällen schließt also die Sozialadäquanz bereits die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung aus, sie schneidet - um nochmals mit Nipperdey zu sprechen¹³⁾ - aus dem formalen Wortlaut der Tatbestände diejenigen Lebensvorgänge heraus, die sachlich überhaupt nicht unter sie gehören¹⁴⁾.

7) Vgl. RGSt 67, 170 ff.

8) Vgl. statt aller Mezger, aaO, S. 69 f.

9) Vgl. RGSt 19, 22.

10) Vgl. oben § 3, 2.

11) Vgl. Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 140.

12) Dahm, Deutsches Recht, S. 627; ähnlich auch Niese, JZ 1956, 460; v. Caemmerer, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift deutscher Juristentag, Bd. II, S. 134.

13) Vgl. Nipperdey, Gutachten, S. 40.

14) Dabei können freilich die Grenzen zwischen Tatbestandsverwirklichung und rechtlich noch Zulässigem flüssig sein. Der Beleidigungstatbestand gibt hiezu ein instruktives Beispiel; In einem Privatklageverfahren, in dem ich den Be-

Dem Einwand Lehmanns und Larenz¹⁵⁾, die Berücksichtigung der Sozialadäquanz schalte den kasuistischen Tatbeständen eine neue Generalklausel vor und führe deshalb zu einer Erweichung der Tatbestände, die dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufe, der den geschützten Rechtsgütern absoluten Schutz habe zugedeihen lassen, ist mit dem Hinweis auf die Grenzfunktion der Sozialadäquanz zu begegnen. Sie schließt Rechtsfolgen als ungerecht aus, wo die Handlung ausnahmsweise infolge ihrer Beschaffenheit nicht als genügender Anlaß für diese Rechtsfolge erscheint¹⁶⁾.

3. Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund:

Aber auch andere, durchaus nicht harmlose Lebenssachverhalte werden von dem gesetzlich normierten Verbot oft nicht erfaßt, weil sie entweder durch einen der gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgründe (z. B. Einwilligung, Notwehr, zivilrechtlicher Notstand, Züchtigungsrecht usw.) gedeckt oder sozialadäquat sind. Als die sozialadäquaten und deshalb unverbottenen Handlungen sind in diesem Zusammenhang vor allem der arbeitsrechtliche Kampfstreik und der Konkurrenzkampf zu nennen, die bis zur völligen Vernichtung des Gegners führen können.

Bei den Rechtfertigungsgründen hat man oft nach einem ihnen gemeinsam eignenden und leitenden Gesichtspunkt für ihre unrechtsausschließende Wirkung gesucht, aber bisher kein befriedigendes und endgültiges Ergebnis gefunden¹⁷⁾.

Eines scheint jedoch unbestreitbar zu sein: Das wichtigste Regulativ der Rechtfertigungsgründe ist das Prinzip der Güterabwägung¹⁸⁾, des überwiegenden Interesses, des überwiegenden Schutzbedürfnisses¹⁹⁾. Es ist ausdrücklich in Bezug genommen in den §§ 228 (Defensivnotstand), 904 (Aggressivnotstand) BGB, mittelbar auch in § 193 StGB (Wahrnehmung berechtigter Interessen), der nur einen Unterfall des

schuldigten und Widerkläger vertreten habe, ließ dieser vortragen, der Privatkläger und Widerbeschuldigte habe ihm den Hut vom Kopf geschlagen. Darauf erwiderte der Gegner, er habe dem Beschuldigten und Widerkläger den Hut nur "mit einer freundschaftlichen Bewegung" vom Kopf genommen.

15) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht (15. Aufl., 1958), S. 941 f; Larenz, Schuldrecht (2. Aufl., 1957), S. 341.

16) Vgl. Wieacker, JZ 1957, 535.

17) Vgl. dazu die Übersicht bei Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil (2. Aufl., 1958), S. 237.

18) Vgl. Maurach, aaO.

19) Ähnlich auch Mezger, Strafrecht, Allgem. Teil (8. Aufl., 1958), S. 109 f.

allgemeinen Rechtsgedankens der Güterabwägung darstellt²⁰⁾, und spielt - vom übergesetzlichen Notstand einmal ganz abgesehen - auch bei den übrigen Unrechtsausschließungsgründen eine bedeutsame Rolle.

Auf dem gleichen Gedanken des Interessensübergewichtes beruht oftmals auch die Sozialadäquanz²¹⁾. Weil die einzelnen Unrechtsausschließungsgründe im Gesetz nicht abschließend geregelt sind und wiederholt auch das Gewohnheitsrecht versagt, kann in einzelnen Fällen (z. B. beim ärztlichen Heileingriff, beim wirtschaftlichen Wettbewerb, beim arbeitsrechtlichen Kampfstreik) zur Gewinnung eines billigen Ergebnisses die sozialerhische Ordnung des Gemeinschaftslebens herangezogen werden müssen. In Erfüllung ihrer Aufgabe, die durch das Fehlen von Rechtfertigungsgründen vorhandene Lücke zu schließen, bedient sie sich selbstverständlich auch und insbesondere der Hilfe des übergesetzlichen Güterabwägungsprinzips in seiner typischen unrechtsausschließenden Funktion. Die Frage nach der Sozialadäquanz ist also insoweit ein Widerrechtlichkeitsproblem.

Den Gegnern Welzels, die glauben, die festgefügt, vom Gesetz geschaffenen und gewohnheitsrechtlichen Unrechtsausschließungsgründe würden durch einen so allgemeinen generalklauselartigen Begriff erweicht²²⁾, sei mit Niese²³⁾ entgegengehalten, daß die Feststellung, eine Handlung sei sozialadäquat, mindestens eine ebenso starke Verwurzelung in Recht und Leben voraussetzt, wie die Anerkennung eines gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrundes. Wenn sich trotzdem Gewohnheitsrecht nicht oder noch nicht herausgebildet hat, so nicht etwa deshalb, weil die Sozialadäquanz weniger im Recht verwachsen wäre, sondern nur, weil die besonderen Voraussetzungen für die Entstehung von Gewohnheitsrecht²⁴⁾ nicht erfüllt sind. Ihre Grenzen mögen allerdings weniger scharf umrissen sein als diejenigen des Gewohnheitsrechts. Aber Gewohnheitsrecht kann immer erst dann entstehen, wenn die ihm zugrunde liegende Leitidee in Form einer festen Norm ins Recht Eingang gefunden hat. So haben sich Lehre und Rechtsprechung bei der Herausarbeitung des übergesetzlichen Notstandes auch nicht gleich auf gewohnheitsrechtliche Grundsätze berufen können, vielmehr hat es eines langen Zeitraums²⁵⁾

20) Vgl. Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch (9. Aufl., 1959), § 193, Anm. I.

21) Vgl. Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 140; ferner Niese, Streik und Strafrecht, S. 34; Bräutigam, Der arbeitsrechtliche Kampfstreik als Eingriff in das Recht am Unternehmen, S. 35.

22) Vgl. insbesondere Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil (2. Aufl., 1958), S. 238.

23) Niese, Streik und Strafrecht, S. 33.

24) Vgl. dazu § 3, 3.

25) Etwa bis zur Entscheidung des RGSt 61, 242 ff.

bedurft, bis der übergesetzliche Notstand als gewohnheitsrechtlicher Unrechtsausschließungsgrund anerkannt war. Doch wurde deswegen der Grundsatz der Güterabwägung als unentbehrliches Rechtsprinzip nie minder rechtens gehalten als jeder Rechtssatz.

4. Die Sozialadäquanz als Schuldaußschließungsgrund:

Den allgemeinsten Ausdruck findet die Sozialadäquanz im Fahrlässigkeitsbegriff (des § 276 BGB), den neuerdings ein Teil der Lehre - anstatt wie bisher zur Schuld²⁶⁾ - in das objektive Unrecht einbeziehen will²⁷⁾ 28). Ein Beispiel soll die Situation beleuchten: Der vorschriftsmäßig fahrende Motorradfahrer Anton hat die kleine Berta verletzt, die ihm in völlig unvorhersehbarer Weise ins Rad gelaufen ist. Nach der neuen Auffassung ist das Verhalten des Anton nicht nur nicht schuldhaft, sondern nicht erst rechtswidrig; Anton hat Berta rechtmäßig angefahren und verletzt. Je nachdem, welcher Auffassung man den Vorzug gibt, gehört die Fahrlässigkeit zur Rechtswidrigkeit oder zur Schuld.

Die Kontroversen zwischen den beiden Meinungen sind zu grundlegender Natur, als daß ihr Für und Wider im Rahmen dieser Abhandlung abschließend untersucht werden könnte. Es muß in diesem Zusammenhang auf die umfangreiche Literatur verwiesen werden²⁹⁾. Einige maßgebliche Leitgedanken sollen jedoch kurz herausgestellt sein: Das Problem spitzt sich im wesentlichen auf eine einzige Frage zu, ob nämlich das Unrechtsurteil über den eingetretenen Erfolg oder allein über das

26) Zur alten Auffassung bekennen sich: Mezger, Strafrecht, Allgem. Teil (8. Aufl., 1958), S. 158 ff; derselbe, LK, § 59, Anm. I, insbes. III; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch (9. Aufl., 1959), § 59, Anm. X; Palandt, § 276, Anm. 1 a; Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt (1963); vgl. auch § 2, 6.

27) Vgl. Welzel, ZStW 58, 558 ff; derselbe, Strafrecht (6. Aufl., 1958), S. 112 ff; derselbe, Bild (3. Aufl., 1957), S. 31 ff; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 45 ff; Mayer, Strafrecht, Allgem. Teil, S. 140; Henkel, Festschrift für Mezger, S. 282 ff; Nipperdey, Allgem. Teil (15. Aufl., 1960), S. 1277 ff, insbes. 1317 ff; vgl. auch oben § 2, 6.

28) Nach Welzel, Strafrecht (7. Aufl., 1960), S. 114 ff, und Bild (4. Aufl., 1961), S. 32 ff, soll die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (im Strafrecht der objektive Teil der Fahrlässigkeit) zum Tatbestand gehören, Ebenso nach Wiethölter, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, S. 41.

29) Vgl. § 2, Fußnote 45; Wiethölter, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, S. 41; Welzel, Strafrecht (7. Aufl., 1960), S. 114 ff, und derselbe, Bild (4. Aufl., 1961), S. 32 ff; Weitnauer, VersR 1963, 992 ff; Clauß, VersR 1963, 996 ff.

menschliche Verhalten gefällt wird, ob also der Erfolgsunwert oder der Handlungsunwert den Unrechtsbegriff bestimmt³⁰⁾.

Wer allein das menschliche Verhalten als mit dem Rechtswidrigkeitsurteil versehenbar ansieht, weil überhaupt nur Willensbetätigungen, nicht aber bloße Erfolgssachverhalte geboten oder verboten werden könnten, muß den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff als Unrechtselement auffassen. Denn das Verdikt der Rechtswidrigkeit ist unangebracht, wenn das Verhalten den Geboten und Verboten der Rechtsordnung (z. B. den Regeln des Straßenverkehrs) voll Rechnung trägt, weil der eingetretene Erfolg allein keinen ausreichenden Grund für das Unwerturteil der Rechtswidrigkeit der Handlung hergibt³¹⁾.

Wer hingegen den Unrechtsbegriff als sachverhaltsbezogen ansieht, hat es nicht schwer, auch eine "Handlung", die den Anforderungen der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" genügt, als rechtswidrig zu bezeichnen, weil solchenfalls das Rechtswidrigkeitsurteil allein über den mißbilligten Erfolg ausgesprochen wird.

Eine dritte Meinung sucht zwischen den beiden Ausgangspunkten zu vermitteln. Darnach ist das Unrechtsurteil - wie nach der Lehre vom personalen Handlungsrecht - grundsätzlich nur über menschliches Verhalten fällbar, aber der Erfolg ist für die Charakterisierung der ursächlichen Handlung ausschlaggebend; durch den eingetretenen Erfolg wird ex post die Unrechtmäßigkeit der Handlung indiziert³²⁾. Diese These kommt der Lehre vom Erfolgsunrecht im Ergebnis sehr nahe.

Folgt man noch der alten, auch heute noch weit verbreiteten Auffassung, welche die Fahrlässigkeit der Schuld als Bestandteil hinzurechnet, so spielt die Sozial-

30) So schon Zippelius, NJW 1957, 1707.

Auch Welzel hat das bereits erkannt (vgl. ZStW 58, 508): "... Von hier aus hätte man dann erkennen können, daß es überhaupt kein einheitliches Unrecht gibt, daß die Rechtswidrigkeit ganz verschiedene Inhalte (Gegenstände) haben kann und zwar, - um die wohl wichtigsten Unrechtsformen in größten Zügen anzudeuten - einmal den reinen Erfolgssachverhalt, zweitens (regelmäßig) die Art der Handlung und den mißbilligten Erfolg, drittens die mißbilligte Handlung ohne jeden Erfolgssachverhalt (Erfolg = der vom Akt unabhängige Zustand)."

Ferner Esser, JZ 1963, 489.

31) Vgl. BGH v. 4. 3. 1957, NJW 1957, 786; Welzel, Strafrecht (6. Aufl., 1958), S. 56 f; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (15. Aufl., 1960), S. 1279 ff; von Caemmerer, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift deutscher Juristentag, Bd. II, S. 127 f.

32) Vgl. Zippelius, NJW 1957, 1707; Stoll, JZ 1958, 142; Larenz, Schuldrecht (3. Aufl., 1959), S. 364.

adäquanz, die für die Ermittlung des Fahrlässigkeitsbegriffs die wesentliche Stellung einnimmt, auch im Bereich der Schuld ihre bedeutende Rolle.

5. Die Bedeutung der Sozialadäquanz außerhalb des Deliktsrechts:

Ein Hinweis auf den Fahrlässigkeitsbegriff, der das gesamte Schadensersatzrecht, auch die Vertragshaftung beherrscht, hat bereits deutlich gemacht, daß sich - im Gegensatz zur Auffassung Nipperdeys³³⁾ - die Bedeutung der Sozialadäquanz im Deliktsrecht nicht erschöpft.

Im Vertragsrecht bezieht ein gesetzlich statuerter Begriff seinen konkreten Inhalt oft erst durch einen Rückgriff auf das sozial Adäquate, wie das sind die Begriffe "übliche Vergütung" (in §§ 612 II, 632 II, 653 II BGB), "angemessene Leistung" (vgl. § 59 HGB), "angemessene Unterbringung" (§ 41 Seemannsgesetz; § 1 Bauunterkunftsgesetz), "ausreichende Verpflegung" (§ 7 Richtlinien für Hausgehilfen), "erforderliche Schutzvorrichtungen" (vgl. §§ 618 BGB, 62 HGB, 120 a GewO, § 2 Richtlinien für Hausgehilfen) u. a. m. ...

Dem Verwaltungsrecht sind die unbestimmten (Rechts-) Begriffe, die Bezug nehmen auf die geschichtlich gewordene sozioethische Ordnung des Gemeinschaftslebens, ebenso gelaufig, z. B. die Begriffe "konkrete Gefahr", "anständige Baugesinnung", "öffentliches Interesse" usw. Die vom Gesetzgeber absichtlich unbestimmt gehaltenen Gesetzesbegriffe sind in jeder Rechtsordnung unvermeidlich, "um eine Anpassung des abstrakten Gesetzes an die konkreten Situationen im Sinne der Gerechtigkeit zu erleichtern. Er vermag ja auch nicht alle in Gegenwart und Zukunft möglichen Lebenssituationen, die im Rechtsstaat rechtliche Berücksichtigung erheischen, zu übersehen und im voraus angemessen zu berücksichtigen"³⁴⁾.

Auch im Verfassungsrecht hat die Sozialadäquanz ihren Niederschlag gefunden; so in dem richtig verstandenen Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 II GG, der nicht eine mechanisch-formale, sondern eine die natürlichen Unterschiede der Geschlechter und die verschiedenartige Stellung von Mann und Frau in der historisch überkommenen Ordnung des Kulturlebens berücksichtigende, also organisch-funktionale Gleichberechtigung bedeutet³⁵⁾; weiter in der Sozialstaatsklausel des

33) Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (14. Aufl., 1955), S. 918.

34) Wolff, Verwaltungsrecht, S. 134.

35) Nach Doelle, JZ 1953, 355, findet die Gleichberechtigung ihre Grenze "vor dem Ehebild, das unsere Kultur in langen geschichtlichen Zeiträumen entfaltet hat."

Art. 20 I GG, den immanenten Eigentumsschranken (vgl. Art. 14 GG) usf. . . 36).

6. Die Sozialadäquanz als gesetzesinterpretierendes, gesetzeskontrollierendes und gesetzeskorrigierendes Rechtsprinzip:

Die Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen der sozialen Adäquanz macht es schwer, ihr innerhalb der Rechtssystematik einen festen Platz zuzuweisen. Sucht man nach einem Merkmal, das den Fällen gemeinsam eignet, so zeigt sich - insbesondere unter Berücksichtigung der Darlegungen im vorausgegangenen Paragraphen³⁷⁾ -, daß sie häufig an gesetzlich normierte, meist allgemein gehaltene Begriffe anknüpft und ihnen die konkrete Inhaltlichkeit verleiht. Die Sozialadäquanz ist insoweit Mittel für die Feststellung des Sinnes eines Gesetzes zum Zwecke seiner Anwendung auf die einzelnen Fälle des praktischen Lebens, sie ist Maßstab für die Auslegung der gesetzlichen Begriffe. Und zwar Auslegungsmaßstab im Sinne einer teleologischen Methode, die auf den Zweck der gesetzlichen Bestimmung, wie er nach den gesunden Wertanschauungen des mitmenschlichen Zusammenlebens gerade eines bestimmten Kulturkreises und einer bestimmten Epoche verstanden wird, als das maßgebliche Kriterium abstellt. So erklärt es sich, daß diese teleologische Auslegung auch eine dynamische sein muß, welche, an das soziale Kräftefeld anknüpfend, die sich in ihm vollziehenden Änderungen nicht unberücksichtigt lassen kann³⁸⁾. Damit ist die Rückkehr vollzogen zu der eingangs erwähnten These Mezgers³⁹⁾: Die Sozialadäquanz ist ein Mittel der Auslegung, sie ist ein gesetzesinterpretierendes Prinzip.

Die Auslegung hält sich stets innerhalb des vorn auszulegenden Gesetz gesteckten Rahmens. Sie kann deshalb nicht immer zu einer angemessenen und den Wertun-

36) Ein eindrucksvolles Beispiel bietet auch Art. 83 Bayerische Verfassung. Danach ist u. a. das Volks- und Berufsschulwesen dem eigenen Wirkungskreis der Gemeinden zugeordnet. Trotzdem soll eine staatliche Schulaufsicht bestehen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof, VGHE 4 II 251, begründet diese Einschränkung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts mit einem Hinweis auf das "vorrechtliche Gesamtbild"; damit ist der überkommene Zustand, die überkommene Ordnung, also nichts anderes als die Sozialadäquanz gemeint.

37) Vgl. § 3, Z. 2.

38) Vgl. dazu insbes. Mezger, ZStW 59, 572, Fußnote 36; derselbe, LK, Einleitung, I, 1, d und e.

39) Vgl. oben § 1, 4.

gen der Gemeinschaft entsprechenden Lösung des Einzelfalles führen; denn das Gesetz hat oft Lücken, d. h. für einen Tatbestand gibt es keine Regel, unter die er sich subsumieren ließe oder von der er angemessen behandelt würde⁴⁰⁾. Diesem Gesichtspunkt trägt auch der Richter Rechnung, indem er das an Hand des Gesetzes gefundene Ergebnis, wenn er an dessen Richtigkeit ernstliche Zweifel hat, an den sozialetischen Ordnungsvorstellungen unseres Gemeinschaftslebens nachprüft; die Sozialadäquanz ist deshalb auch ein Mittel zur Rechtsüberprüfung, sie ist gesetzeskontrollierendes Prinzip.

Wo diese Prüfung dann ergibt, daß Gesetz und Gerechtigkeit zueinander in Widerspruch stehen, muß der Richter die Antwort im Wege der Rechtsfindung suchen und ermitteln. Dabei greift er, wie es der Gesetzgeber bei Erlass eines Gesetzes auch tut, oft zurück auf die vorgegebene Ordnung des mitmenschlichen Zusammenlebens. Die Sozialadäquanz ist danach auch ein Mittel der Rechtsfindung, sie ist gesetzeskorrigierendes Prinzip.

7. Zusammenfassung:

Es geht nicht an, den weitreichenden Begriff der Sozialadäquanz in die Schranken des Deliktsrechts zu verweisen. Er erstreckt sich als Generalklausel wesensmäßig auf alle Bereiche des Rechts und dient hier als Gesetzesinterpretierendes, gesetzeskontrollierendes und gesetzeskorrigierendes Prinzip.

40) Vgl. oben § 3, 2.

C. DIE BEDEUTUNG DER SOZIALADÄQUANZ IM ARBEITSKAMPFRECHT

§ 5

Allgemeines über den Begriff der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht

Ist im vorausgegangenen ersten Teil versucht worden, die Bedeutung der Sozialadäquanz im grundsätzlichen, ihr Wesen allgemein und für alle Rechtsgebiete einheitlich zu erfassen, so müssen im folgenden Abschnitt zunächst die Besonderheiten herausgehoben werden, die gerade das Arbeitsrecht mit sich bringt. Was für das Arbeitsrecht erarbeitet wird, gilt nämlich in gleicher Weise für jedes seiner Teilgebiete und deshalb auch für das Arbeitskampfrecht.

Ein allgemeiner, diese Besonderheiten berücksichtigender Grundsatz, der sich aus dem Wesen des Arbeitsrechts ergibt, sei an die Spitze der Erörterungen gestellt: Das Arbeitsrecht ist das Sonderrecht der unselbständigen Arbeitnehmer¹⁾. Erwachsen aus der sozialen Schutzbedürftigkeit der im Abhängigkeitsverhältnis beschäftigten Personen²⁾, wie sie sich in Deutschland erstmals in der Zeit der Industrialisierung seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts gezeigt hat, betrifft es die moderne soziale Frage des neuen Standes der Lohnarbeiter und ordnet in umfassender Weise seine Rechtsstellung. Entsprechend seinem Wesen als das Sonderrecht der abhängigen Arbeitnehmer hat es genauso wie das Handelsrecht als das Sonderrecht der Kaufleute³⁾ seine eigenen Wertungs- und Ordnungsprinzipien. Wie das Handelsrecht nicht auf die Verkehrssitte schlechthin, sondern auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (§ 346 HGB) abstellt, nimmt das Arbeitsrecht in erster Linie Bezug auf die Ordnung des ihr typischen Bereichs des Arbeitslebens; auf eine Ordnung, die den werktätigen Menschen in den Mittelpunkt ihrer Betrachtungen stellt und von da aus ihre Wertungen vollzieht. So spielen hier u. a. die entscheidende Rolle die Ordnung der Beziehungen des Arbeiters zum Unternehmer, dessen wirtschaftliche Überlegenheit zur Ausnutzung und Ausbeutung der Arbeitskraft und zu den in der Zeit des Liberalismus heraufbeschworenen Mißständen (Hungerlöhne, überlange Arbeitszeiten, unzureichende Schutzvorrichtungen usf.) geführt hat; ferner das Problem der Stellung des Arbeiters zum

1) Vgl. Hueck, Lehrbuch, S. 3; Nikisch, Lehrbuch I, S. 1; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht (5. Aufl., 1957), S. 3; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht (2. Aufl., 1954), S. 1; Staudinger, (11. Aufl., 1958), vor § 611, Vorbem. 9 ff; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 29.

2) Vgl. Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht (5. Aufl., 1957), S. 1.

3) Vgl. statt aller Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, Erstes Buch, Einführung, Anm. 1. Auf die Parallele zwischen Arbeitsrecht und Handelsrecht in systematischer Beziehung hat insbesondere Hueck, Lehrbuch, S. 5, hingewiesen.

Betrieb (zur Fabrik), wie es durch die für die Arbeitswelt der Neuzeit charakteristisch gewordene räumliche und zeitliche Trennung und Absonderung vom übrigen Lebensraum, etwa der Wohnung, der Familie, bedingt ist, das Problem des Verhältnisses des Arbeiters zu den Betriebsmitteln, insbesondere zur Maschine, deren Bedienung oft höchste Konzentration erfordert und auch mit besonderen Gefahren für Leben und Gesundheit des Arbeiters verbunden sein kann, das Problem der Beziehungen des Arbeiters zum Arbeitskollegen, das in der Zusammenballung von Arbeitskraft auf engstem Raum seine Ursache hat. Die Gefahren, die sich aus diesen ganz willkürlich herausgegriffenen Beispielen ergeben, liegen auf der Hand: Wirtschaftliche Bedrängnis, physische und psychische Schädigung drohen das Schicksal des werktätigen Menschen zu besiegeln. Dieser Tendenz Rechnung tragend ist die Ordnung des Arbeitslebens in erster Linie eine Schutzordnung zugunsten des Arbeitnehmers. Aus dieser Zweckbestimmung bezieht auch der Begriff der Sozialadäquanz, soweit er im Arbeitsrecht von Bedeutung ist, seinen konkreten Inhalt. Dem Schutzerfordernis entsprechend dient hier die sozialethische Ordnung in erster Linie den Belangen der unselbständigen Arbeiterschaft. Sie berücksichtigt ihre besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse, ihre soziale Lage und stärkt so ihre durch die persönliche Abhängigkeit bedingte an sich schwache Position; so kommt der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht überwiegend eine Schutzfunktion zugunsten des Arbeitnehmers zu. Kurzum, die Sozialadäquanz im Arbeitsrecht richtet sich im besonderen nach der geschichtlich gewordenen, vornehmlich dem Schutz des Arbeitnehmers dienenden Ordnung des Arbeitslebens⁴⁾.

4) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 641; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 96.

1. Die verschiedenen Versuche für die Begründung der Kampffreiheit:

Daß die verfassungsrechtliche Ordnung den Arbeitskampf¹⁾ um die Regelung der Arbeitsbedingungen grundsätzlich nicht verbietet, ist heute als selbstverständlich anerkannt.

Ein Teil der Lehre betrachtet die Streikfreiheit - Entsprechendes gilt für die Aussperrungsfreiheit - als Ausfluß des Grundrechts der Koalitionsfreiheit²⁾. Es sei - so wird behauptet - "ein dem Art. 9 GG immanentes Recht zur Fortsetzung des Koalitionsrechts mit anderen Mitteln"³⁾. Das Koalitionsrecht sei "ein Schwert ohne Klinge"⁴⁾, wenn es nicht das Recht zum Arbeitskampf mitenthalte.

Demgegenüber steht die überwiegende Meinung auf dem Standpunkt, daß die Streikfreiheit genauso wenig wie früher durch Art. 159 WV⁵⁾ durch Art. 9 GG ge-

-
- 1) Zum Begriff vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 604, Nikisch, Lehrbuch II, S. 78 f; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 23 ff; insbesondere Ramm, ACP 160, 336 ff, m. w. Nachw.; derselbe, Kampfmaßnahme und Friedenspflicht im deutschen Recht, S. 1 ff; Bulla, RdA 1962, 386; Galperin, BB 1965, 93 ff; BAG v. 25.1.63, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 24; AP, aaO, Nr. 34.
 - 2) Vgl. Bührig, WMI 1954, 195 f; Abendroth, GMH 1954, 259; Schmid, GMH 1954, 4; Bauer, JZ 1953, 651; Sozialpolitische Grundsätze des DGB, RdA 1949, 459 (Z. II); Niese, Streik und Strafrecht, S. 2 f und 33; Koellreutter, Deutsches Staatsrecht, S. 57, 81, 264; Kauffmann, Betr. 1951, 466 f; Enderle, GMH 1951, 548; Roesch, BIStSozArbR 1953, 123; Becker, GMH 1955, 325; Heinitz, JR 1956, 3; LAG München v. 17.4.53, RdA 1953, 278 = Betr. 1953, 556 = ARSt X, Z. 684 = AP 1954 Nr. 59 = AblBayerArbMin 1953, C 77; LAG München v. 26.10.53, BB 1953, 1062 = WA 1954, 42 = ArbUr 1954, 380 = AblBayerArbMin 1953, C 165; LAG München v. 16.2.54, RdA 1954, 359 = ARSt XII Z. 475, 529 = WA 1954, 140 = BB 1954, 593 = Betr. 1954, 675 = AblBayerArbMin 1954, C 101. Vgl. auch die Literaturnachweise in BAG v. 28.1.55, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, Bl. 4.
 - 3) LAG München v. 26.10.53, BB 1953, 1062.
 - 4) Vgl. Hohenester, Die Grenzen der Streikfreiheit, S. 17.
 - 5) Art. 159 WV garantierte unbestritten nur die Koalitionsfreiheit; von der Anerkennung eines Streikrechts hatte man bewußt Abstand genommen. Um jegliche Zweifel auszuschalten, war bei den Beratungen die in den Verfassungsentwürfen vorgesehene "Koalitionsfreiheit" durch den Ausdruck "Vereinigungsfreiheit"

wahrleistet sei⁶⁾ 7). Dieser Ansicht wird man als der überzeugenderen folgen müssen. Denn wenn auch die Koalitionen, wie die historische Entwicklung zeigt, von Anfang an Kampfkoalitionen gewesen sind, die sich des Arbeitskampfes als Mittel zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen bedienten, so darf man sich doch über die Entstehungsgeschichte des Art. 9 GG⁸⁾ und über die Tatsache, daß das den Koalitionen eigene Ziel der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in der gegenwärtigen Ordnung grundsätzlich auch auf friedlichem Wege (Kollektivvereinbarung) verfolgt werden kann, nicht hinwegsetzen. Auch wären für den Fall, daß Art. 9 III GG die Kampffreiheit garantierte, jeder Abwehrstreik und jede Abwehraussperrung als Repressalien gegen Angriffsstreiks und -aussperrungen sowie jeder Tarifvertrag, durch den die Kampffreiheit infolge der Friedenspflicht stets eine Beschränkung erleidet, verfassungswidrig⁹⁾.

Erwähnenswert ist auch der Versuch, die Streikfreiheit aus Art. 12 II GG zu folgern¹⁰⁾, wonach niemand außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen und für alle gleichen Dienstleistungspflicht¹¹⁾ zu einer bestimmten Arbeit gezwun-

ersetzt worden, worunter man nach einhelliger Meinung das bloße "Recht des Zusammenschlusses" verstand, das ein Streikrecht nicht umschließt.

- 6) Vgl. Wernicke, BK, Art. 9 Anm. II 3 d; Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 9, Anm. VII; derselbe, AöR 75, 287; Hamann, Grundgesetz, Art. 9, Anm. C, 9; Giese, GG, Art. 9, Anm. 8; Nipperdey, Lehrbuch, S. 100 ff; derselbe, Gutachten, S. 42; Nikisch II, S. 24, 104; derselbe, Gutachten, S. 13; Huber, WirtschVerwR II, S. 393; Hessel, BB 1951, 85; Kaskel-Dersch (4. Aufl., 1932), S. 431; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 41; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 28; Erdmann, BlStSozArbR 1950, 57; Forsthoff bei Forsthoff-Hueck, Gutachten, S. 10; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 371; Köst, Arbeitsrecht, S. 203 f; Bertele, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, S. 20 ff; BAG v. 28.1.55, AP Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, Bl. 3 R und 4, und die dortigen Literaturnachweise.
- 7) Vgl. auch Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 165 ff, und Hohenester, Die Grenzen der Streikfreiheit, S. 17 f, sowie die dortigen Literaturnachweise für die beiden sich gegenüberstehenden Lehrmeinungen.
- 8) Der Verfassungsgeber wollte ein Grundrecht der Streikfreiheit nicht statuieren. Bei den Beratungen zum Entwurf des GG hat man einen ursprünglich vorgesehenen Absatz IV des Art. 9 GG gestrichen. Vgl. dazu Nipperdey, Lehrbuch, S. 101 f; Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 166 f.
- 9) Vgl. dazu Nipperdey, Lehrbuch, S. 102 und die dort angeführten Literaturnachweise.
- 10) Bauer JZ 1953, 651 f; Abendroth, GMH 1951, 61.
- 11) Worunter die üblichen Hand- und Spanndienste, die Straßenreinigungs- oder Schneeräumungspflicht der Anlieger, Deichhilfe und Feuerwehrdienst verstanden werden.

gen werden darf. "Da jedem einzelnen Arbeitnehmer dieses Recht zur Verweigerung des Abschlusses von Arbeitsverträgen und zur Verweigerung, also der Statuierung einer privatrechtlichen Pflicht zur Dienstleistung durch Art. 12 Abs. 2 GG gewährleistet"¹²⁾ sei, verletze es auch nicht die freiheitlich demokratische Grundordnung, "wenn er von diesem Recht in kollektivem Zusammenschluß mit anderen Arbeitnehmern Gebrauch"¹²⁾ mache. Diese Auffassung übersieht, daß das Wesen des Streiks nicht in einem bloßen Unterlassen der Arbeitsleistung besteht, daß er vielmehr in höchstem Maße aktives Handeln voraussetzt¹³⁾. Im übrigen fällt unter Art. 12 II GG nur der Abschluß von Arbeitsverträgen, die Bestimmung berechtigt nicht auch zum Bruch von Arbeitsverträgen, die ohne jeden Zwang abgeschlossen wurden¹⁴⁾.

Ausdrücklich gewährleistet ist die Streikfreiheit in einzelnen Länderverfassungen¹⁵⁾. Da eine solche Bewertung der Arbeitsniederlegung lediglich Wiedergabe einer allgemeinen Auffassung zu sein scheint, glaubt man vereinzelt¹⁶⁾, ein solches Streikrecht wohl im Interesse einer bundeseinheitlichen Regelung für die gesamte Bundesrepublik als gegeben annehmen zu können. Eine so weitgehende Analogie kann jedoch aus den einzelnen Länderverfassungen schwerlich gezogen werden. Richtig ist nur, daß die Bejahung der Streikfreiheit in einem Bundesland nicht von der Erwähnung der Streikgarantieklausel in der betreffenden Landesverfassung abhängig sein kann¹⁷⁾.

Man hat deshalb von anderer Seite gar nicht erst den Versuch unternommen, die Kampffreiheit allein und unmittelbar aus einer Bestimmung des Grundgesetzes herzuleiten, sondern zu ihrer rechtlichen Fundierung - die sonstigen Gesetze geben ebenfalls keine Grundlage - auf die allgemeine Grundkonzeption unserer Verfassung verwiesen. Wegen der einzelnen Meinungen, die in anderem Zusammenhang behandelt sind, wird auf die Darstellung in § 8¹⁸⁾ Bezug genommen.

Die herrschende Lehre leitet die verfassungsrechtliche Kampffreiheit aus der allgemeinen bürgerlichen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG¹⁹⁾ her. Nipperdey und

12) Vgl. Abendroth, GMH 1951, 61.

13) Vgl. Hueck, Festschrift für Herschel, S. 40.

14) Vgl. Hohenester, Die Grenzen der Streikfreiheit, S. 19.

15) Berlin-West (Art. 18 III); Bremen (Art. 51 III); Hessen (Art. 29 IV); Rheinland-Pfalz (Art. 66 II).

Vgl. auch Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 47.

16) Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 321 f, derselbe bei Abendroth-Schnorr v. Carolsfeld, Gutachten, S. 20.

17) Vgl. Hohenester, Die Grenzen der Streikfreiheit, S. 19.

18) Ziff. 1.

19) Früher Nipperdey, Lehrbuch (1./2. Aufl., 1930), S. 578; derselbe, SüddJZ 1949, Spalte 811; Bulla, ArbRB1, Arbeitskampf II, II Streik, II.2.; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht (4. Aufl., 1932), S. 431; Begemann, Der Streik und das

mit ihm auch das Bundesarbeitsgericht ziehen zur Begründung der Kampffreiheit auch die vorgefundene historische Entwicklung, die Grundsätze des freiheitlichen sozialen Rechtsstaats (Art. 18, 20, 21, 28 GG) und unsere wirtschafts- und sozialverfassungsrechtlichen Grundprinzipien heran²⁰⁾.

2. Ihr Verhältnis zur Sozialadaquanz;

Man wird der herrschenden Meinung wohl folgen können. Gleichgültig aber, welcher Verfassungsgrundsatz auch immer die Kampffreiheit tragen soll, sie existiert doch nur stets unter dem Vorbehalt, daß durch ihre Ausübung nicht die allgemeinen Gesetze und die Rechte anderer verletzt werden; denn die Einrichtungsgarantie schafft nicht etwa einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund für Rechtsverletzungen durch Arbeitskämpfe, sie schützt zwar den rechtmäßigen Arbeitskampf, ist aber nicht Maßstab dafür, welcher Arbeitskampf rechtmäßig ist²¹⁾. Deshalb sind die allgemeinen Gesetze und die Rechte Dritter neben dem Sittengesetz, die allen Grundrechten als Schranken immanent sind²²⁾, auch Schranken der Kampffreiheit. Diese ist einmal überall da nicht mehr gewährleistet, wo einem vorhandenen Vertragsband ein Kampfverbot, z. B. dem Tarifvertrag die Friedenspflicht²³⁾ oder

Recht am Gewerbebetrieb, S. 31; Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 9, Anm. III, 1; Huber, WirtschVerwR II, S. 393; Erdmann, BlStSozArbR 1950, 57; Galperin, BB 1965, 95.

Vgl. auch Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 42.

20) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 615; BAG v. 28.1.55, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, Bl. 220 R = BAGE 1, 291 ff = AP, § 123 GewO Nr. 7 = RdA 1955, 198 = Betr. 1955, 455 ff = BB 1955, 129 = BB 1955, 412 ff = WA 1955, 49 u. 90 ff = ArbRB1, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 4 = NJW 1955, 882 ff = ArbUR 1955, 218 ff = SAE 1956, 1 = BlStSozArbR 1955, 189 = Hessel, Das Bundesarbeitsgericht zum Arbeitskampfrecht = Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil XI, Urteilssammlung, Arbeitskampf, Allgemeines - 1; vgl. auch § 8, 1 gegen Ende sowie Ramm, JZ 1961, 273; Arbeitsgericht Wuppertal v. 24.11.59, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 20.

21) Vgl. Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 47.

22) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2, Abs. 1, Anm. 72 a. E.; Maunz, Staatsrecht, S. 92; Hamann, Das Grundgesetz, vor Art. 1 gegen Ende; Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. B XV 3 a; Vielhaber, RdA 1951, 372, Das gilt auch für diejenigen Länderverfassungen, in denen die das "Streikrecht" garantierende Bestimmung den Vorbehalt "im Rahmen der Gesetze" nicht enthält; vgl. Hohenester, Die Grenzen der Streikfreiheit, S. 20; Galperin, BB 1965, 95.

23) Vgl. ArbG Frankfurt v. 10.8.51, BB 1951, 641.

dem Einzelarbeitsvertrag die Arbeitspflicht²⁴⁾, immanent ist; zum anderen wo die Bindung an die allgemeinen Gesetze besteht²⁵⁾ 26). Und hier ergibt sich die tiefgreifende Beschränkung: Streik ist die Schädigung anderer zur Durchsetzung des eigenen Willens. Stellt er als solcher - wenn auch erst seit dem Constanze-Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. 10. 1951²⁷⁾ - stets und notwendig einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Unternehmers dar, ist er tatbestandlich unerlaubte Handlung nach § 823 I BGB, so verstößt er zumindest dem Gesetzeswortlaut nach gegen ein allgemeines Gesetz, verletzt die Rechte anderer und steht damit nicht mehr im Einklang mit der Verfassung.

Ein solches Ergebnis, das den Tod jeglichen Arbeitskampfes bedeutete, würde nicht nur dem Willen derjenigen Verfassungen, welche die Streikfreiheit ausdrücklich garantieren, sondern auch den allgemein geltenden Anschauungen völlig zuwiderlaufen.

Es ist deshalb verschiedentlich die Auffassung vertreten worden, daß die zur Ableitung der Streikfreiheit herangezogene Verfassungsbestimmung gleichzeitig einen privatrechtlichen Rechtfertigungsgrund in dem Sinne darstelle, daß der Eingriff in das fremde Recht, z. B. auf Erfüllung des Arbeitsvertrages²⁸⁾ oder am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb²⁹⁾ zulässig wird. Danach entfielen der Verstoß gegen Rechte Dritter und die Kampffreiheit wäre von der leeren Farce zu einer lebendigen Erscheinung geworden. Aber es wäre ein *circulus vitiosus*, wollte man die durch die Schrankentrias des Art. 2 I GG begrenzte Kampffreiheit, die erst existent werden kann mit der Feststellung, daß eine Handlung einen Verstoß u. a. gegen die allgemeinen Gesetze und Rechte Dritter nicht darstellt, heranziehen, um mit ihrer Hilfe erst die Erlaubtheit dieser gleichen Handlung zu begründen. Im übrigen fehlt es, wie Nikisch³⁰⁾ mit Recht hervorhebt, an jeglichem Nachweis

24) Diese Schranke gilt vornehmlich im Hinblick auf die Suspendierungstheorie nur noch bedingt; vgl. hierzu ausführlich unten § 11.

25) Sehr deutlich Arras, NJW 1953, 241; Ebel, DÖV 1951, 444; Hessel, BB 1951, 86.

26) Vgl. auch Ziskoven, Die Bedeutung des § 826 BGB für das Arbeitsrecht, S. 23.

27) Vgl. § 2, 1.

28) So früher Nipperdey, SüddJZ 1949, Spalte 816; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 322; derselbe bei Abendroth-Schnorr v. Carolsfeld, Gutachten, S. 20; Hessel, BB 1951, 86; Bulla, RdA 1951, 210, Fußnote 16; vgl. ferner die Literaturnachweise in BAG v. 28. 1. 55, AP Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, Bl. 219.

29) Vgl. LAG Berlin v. 17. 8. 53, RdA 1954, 76 (78).

30) Nikisch, Gutachten, S. 12; derselbe, SAE 1956, S. 10; derselbe, ArbG 1951, Heft 18, S. 28 f; vgl. jetzt auch Nipperdey, Gutachten, S. 42; ferner Bege- mann, Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb, S. 37 f; Dittmar, BB

für die privatrechtlichen Wirkungen der angezogenen Grundrechtsbestimmungen.

Die verfassungsrechtliche Kampffreiheit ist daher ohne ein anderes Regulativ, das einen Verstoß gegen die allgemeinen Gesetze ausschaltet, praktisch nicht vorhanden. Genauso wie ein "nudum ius" wäre sie durch die Schranken der allgemeinen Gesetze innerlich derart ausgehöhlt, daß sie praktisch ohne jegliche Bedeutung wäre. Die Freiheit würde keine Freiheit mehr sein. Als das erwähnte Regulativ dient, wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird, der Gedanke der sozialen Adäquanz als Rechtfertigungsgrund des arbeitsrechtlichen Kampfstreiks, der arbeitsrechtlichen Aussperrung³¹⁾. Mit Hilfe dieses Begriffes können dann die verfassungsrechtlichen Bestimmungen in wirksame Faktoren treten, da es nunmehr begrifflich einen Raum gibt, in dem der Streik nicht gegen die Rechte anderer und gegen die allgemeinen Gesetze verstößt. So ist die verfassungsmäßige Kampffreiheit, die Institution des Arbeitskampfes - nicht aber auch schon die Anerkennung des einzelnen Kampfes - (erst) durch die Sozialadäquanz von praktischer Bedeutung³²⁾.

3. Zusammenfassung:

Die verfassungsrechtliche Kampffreiheit ergibt sich aus der allgemeinen bürgerlichen Handlungsfreiheit, der vorgefundenen historischen Entwicklung, den Grundsätzen des freiheitlichen sozialen Rechtsstaats und aus unseren wirtschafts- und sozialverfassungsrechtlichen Grundprinzipien. Da jedoch jedes Grundrecht und jede Freiheit an den allgemeinen Gesetzen ihre Schranken findet und jeder Arbeitskampf tatbestandsmäßig gegen § 823 BGB verstößt, erlangt die Kampffreiheit durch die als Rechtfertigungsgrund fungierende Sozialadäquanz erst praktische Bedeutung.

1948, 516, und BAG v. 28.1.55, AP Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, Bl. 220.

31) Vgl. unten § 9.

32) Nikisch, Lehrbuch II, S. 132, leitet die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen unmittelbar aus dem Prinzip der Kampffreiheit ab und stellt sich im grundsätzlichen gegen die Sozialadäquanz. Er meint, man brauche den Begriff nicht mehr, wenn man die Grenzen der Kampffreiheit erkannt habe. Bedenkt man jedoch, daß der geschichtlich herausgebildeten Kampffreiheit eine rechtfertigende Wirkung niemals immanent war, weil früher der Arbeitskampf nicht als Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift (insbesondere § 823 I BGB) angesehen wurde, daß sich also eine Kampffreiheit mit rechtfertigender Wirkung gar nicht (gewohnheitsrechtlich) herausbilden konnte, so kommt man doch wieder auf das Prinzip der Sozialadäquanz zurück.

§ 7

Die Begründung der Sozialadäquanz aus der geschichtlichen Entwicklung des
Arbeitskampfes

(Die traditional-formale Komponente der Sozialadäquanz im Arbeitskampfrecht)

1. Die Festlegung des Ausgangspunktes:

Besteht in der Wissenschaft Einigkeit, daß die Arbeitseinstellungen des Altertums mit dem modernen Arbeitskampf nichts gemeinsam haben, fehlte es an einer wesentlichen Vorbedingung, der bürgerlichen Freiheit der Streikenden¹⁾, so wird von einem Teil der Wissenschaft die Entstehung des Streiks bis in das 14. Jahrhundert²⁾ zurückdatiert. Wenn die Ausstände dieser Zeit bei rein äußerlicher Betrachtung auch alle Begriffsmerkmale des modernen Arbeitskampfes aufweisen, so scheint es trotzdem wenig sinnvoll, sie als Anknüpfungspunkt für die spätere Entwicklung heranzuziehen³⁾. Denn sie haben einen anderen Sinn als den, "den wir mit dem Wort Arbeitskampf im industrialistischen und technizistischen Zeitalter in den mehr oder weniger auf dem Boden von Privatwirtschaft und Wettbewerb sich entfaltenden Volkswirtschaften und innerhalb ihrer unverwechselbaren gesellschaftlichen Strukturprozesse verbinden"⁴⁾.

2. Die Entwicklung des Streiks:

a) Seine Anfänge:

Die Geschichte des Streiks⁵⁾ im eigentlichen Sinne begann erst im 19. Jahrhundert mit dem wirtschaftlichen und sozialen Umbruch im Zeitalter der Industrie. Im Zuge der industriellen Revolution wurde allmählich die Handarbeit durch die Maschine, der Handwerksbetrieb durch die Fabrik abgelöst. Diese Entwicklung führte zur Zusammenballung von Massen in den Betrieben, zur Entstehung eines neuen,

1) Vgl. ab-Yberg, Die Strikes und ihre Rechtsfolgen, S. 4; Weber, HdwbSt, Bd. 1, 765; Hirsch, Koalitionskämpfe, S. 15.

2) Vgl. Kaskel-Dersch, Lehrbuch (4. Aufl., 1932), S. 423 u. 308 f; Nikisch, Lehrbuch II, S. 102; Hartung, Der Streik, S. 7 ff u. a. m.

3) So Weber, HdwbSt, Bd. 1, S. 765; Bräutigam, Der arbeitsrechtliche Kampfstreik als Eingriff in das Recht am Unternehmen, S. 7; Pribram, HdwbGew, Bd. 2, S. 1605; Heyde, HdwbSoz, Bd. 1, S. 303; Albrecht, WbVolksw, Bd. 1, S. 164 u. a. m.

4) Heyde, HdwbSoz, Bd. 1, S. 303; vgl. auch Pribram, HdwbGew, Bd. 2, S. 1605

5) Zur Geschichte des Streiks vgl. Roskoschny, Geschichte des Streiks,

nicht an Traditionen gebundenen Standes der unselbständigen Lohnarbeiter. Ihre Lage war nicht glücklich. "Besitzlosigkeit, Lebensunsicherheit und politische Rechtlosigkeit waren für die Lage des frühen industriellen Proletariats kennzeichnend"⁶⁾. Während vordem der unselbständige Arbeiter in der Regel in der Wohlbehütetheit eines mehr familiär und patriarchalisch ausgestalteten Arbeitsverhältnisses geborgen war, wird nunmehr im Zeitalter des Wirtschaftsliberalismus' der Arbeitgeber zum Fabrikherrn (Herr im Hause!) und der Arbeitnehmer - neben der Maschine - zum bloßen Produktionsfaktor⁷⁾ 8). Wenn sich Unternehmer und Arbeiter auch "im freien Spiel der Kräfte" als gleichberechtigte Partner gegenübertraten und auf dieser Basis in freier Vereinbarung die Arbeitsbedingungen festlegten, so war doch diese Gleichberechtigung nur eine rein formale. "Tatsächlich war der im Besitz der Produktionsmittel befindliche Unternehmer dem mittellosen Arbeiter in aller Regel weit überlegen. ... Die Arbeitsbedingungen ergaben sich deshalb nur rein äußerlich aus freiem Vertragsschluß, materiell beruhten sie nur allzuoft auf einem mehr oder weniger einseitigen Diktat des Unternehmers. Das führte vielfach zu einer Ausbeutung der Arbeiter, wie sie heute kaum noch vorstellbar erscheint. Übermäßig lange Arbeitszeit, Hungerlöhne, Trucksystem, ungenügender Gesundheits- und Unfallschutz, vor allem übermäßige Ausdehnung der Frauen- und Kinderarbeit, das sind die kennzeichnenden Züge der damaligen sozialen Verhältnisse"⁹⁾. Was lag in solch trostloser Lage näher, als daß die Beteiligten, nachdem der staatliche Schutz nur in unzureichendem Maße gewährt wurde, zur Selbsthilfe schritten? Innerlich war solches Vorgehen - selbst nach liberalistischer Denkungsart - sicherlich gerechtfertigt. War man auch ursprünglich noch der Ansicht, daß Arbeitskämpfe das freie Spiel der Kräfte störten, so argumentierte man doch bald im gegenteiligen Sinn. Es sei A.v. Rochau zitiert, der schon im Jahre 1856 für die Koalitionsfreiheit plädierte¹⁰⁾: "Bei der Betrachtung dieser Verhältnisse fällt vor allen Dingen die Ungleichheit des Maßes in die Augen, mit welchem die Lohnarbeiter auf der einen und die Arbeitgeber auf der andern Seite gemessen werden. Die letzteren werden durch kein Gesetz und keine Polizei verhindert, jede beliebige Maßregel zum Nachtheile der Arbeiter durch Übereinkunft untereinander

6) Raupach, HdwbSoz, Bd. 1, S. 240.

7) Vgl. Seeler, Der Arbeitskampf in der deutschen und ausländischen Gesetzgebung, S. 10.

8) Vgl. hiezu Jacobis Begriffsbestimmung des Betriebs, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriff, S. 9, wonach der Betrieb als "Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsamen technischen Zwecks" bezeichnet wird.

9) Hueck, Lehrbuch, S. 9; vgl. auch Jantke, Staatslexikon, Bd. 1, S. 439.

10) Das Staatslexikon (3. Aufl., 1856), herausgegeben von Karl Rotteck und Karl Welcker, Bd. 1, S. 655 f.

festzustellen, den Arbeitslohn gemeinschaftlich herabzusetzen .. und ihre Arbeiter mit oder ohne Veranlassung zu jedem beliebigen Zeitpunkt in Masse zu verabschieden. Also auf der einen Seite die größte Freiheit, auf der andern die äußerste Beschränkung und der härteste Zwang. Und überdies die Freiheit zu Gunsten der Stärke, der Überlegenheit jeglicher Art die Beschränkung zum Nachteil der Abhängigkeit, der Hilflosigkeit, der Schwäche." Und dann: "Die richtige Feststellung des Preises der Arbeit ergibt sich aber nur aus der ungehinderten Wechselwirkung des gegenseitigen Bedürfnisses oder um in den Ausdrücken der Schule zu reden aus der vollkommenen Freiheit des Angebots und der Nachfrage."

Auf einer solchen Sozialauffassung als fester Grundlage, die ihn den notwendigen materialen Rückhalt gab, konnte sich dann auch allmählich eine entsprechende äußere Ordnung herausbilden.

Die ersten Streiks waren notwendigerweise noch hoffnungslose Verzweiflungsakte, mehr ungezielte, blutige Rebellionen, die mit Gewalttätigkeiten gegen Personen und Zerstörungen von Maschinen und Gebäuden verbunden waren (Maschinenstürmer!), denn geordnete wirtschaftliche Arbeitskämpfe¹¹⁾. Im Jahre 1844 verschaffte sich die angewachsene Empörung über die starke Verelendung der bedrückten arbeitenden Masse im Aufstand der Weber von Langenbilau und Peterswaldau freie Bahn¹²⁾. Sie hatten in einer "elementaren, spontanen Aktion"¹³⁾ zur gewaltsamen Selbsthilfe gegriffen, der aber, wie all den folgenden Verzweiflungskämpfen, der Erfolg versagt blieb. Doch wurden auf diese Weise die Arbeiter allmählich ihrer Möglichkeit bewußt, durch kollektive Arbeitsniederlegung eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu erzwingen. Allerdings sind in der Zeit von 1845 bis 1865 in den alten preußischen Gebieten nur 55 Arbeitseinstellungen bekannt geworden, obwohl die Arbeiterschaft um das Fortbestehen der Koalitionsverbote vielfach nicht einmal gewußt hat¹⁴⁾.

War das erste Aufbegehren immer nur Arbeitsniederlegung auf Grund momentaner Verabredung (Augenblickskoalition Vereinigung ad hoc), so bildeten sich in der Folgezeit auf Grund der gewonnenen Erfahrung, daß ein Streik die Not der völlig mittellosen Arbeiter nur vergrößerte, und diese resignierend die Arbeit immer wieder aufnahmen, allmählich Unterstützungsvereinigungen (Streikkassen) heraus, welche es sich zur Aufgabe setzten, den Streikenden als den sozial Schwächeren gegenüber dem Unternehmertum durch Gewährung finanzieller Hilfe das Durchhalten im Kampf zu ermöglichen¹⁵⁾.

11) Vgl. Seeler, Der Arbeitskampf in der deutschen und ausländischen Gesetzgebung, S. 12; Hartung, Der Streik, S. 11.

12) Vgl. Grote, Der Streik, S. 30.

13) Vgl. Grote, aaO.

14) Vgl. Weber, HdwbSt, Bd. 1, S. 765.

15) Vgl. Grote, Der Streik, S. 30.

b) Sein erster Höhepunkt durch die Aufhebung der Koalitionsverbote:

Mit der Aufhebung der Koalitionsverbote¹⁶⁾ hebt die Geschichte des Streikrechts zu ihrem ersten Höhepunkt an¹⁷⁾, Nachdem erst jetzt die freie und obrigkeitlich ungehinderte Bildung von Arbeitsvereinigungen möglich und dem Streik der Charakter eines unter Kriminalstrafe verbotenen Unternehmens genommen war¹⁸⁾, nachdem also Koalitionen und Arbeitskämpfe staatlicherseits wenn auch nicht gebilligt, so doch immerhin als erlaubte Erscheinungen des Wirtschaftslebens geduldet wurden, war die Stunde der auf die Dauer geschaffenen Arbeitnehmerorganisationen gekommen¹⁹⁾.

Belehrt durch die Erfahrung, daß wilde, planlose Streiks einer Augenblickskoalition mangels der erforderlichen Widerstandskraft der Arbeiter bald zusammenbrechen, sorgten die neu gegründeten Gewerkschaften für eine planmäßige Vorbereitung und Führung von Arbeitskämpfen, insbesondere durch Unterstützung der Streikenden mit Geldmitteln aus den frühzeitig angelegten Streikfonds²⁰⁾. Entsprechend der gewachsenen Macht der Gewerkschaften waren die Streiks dieser Periode bis in die siebziger Jahre überwiegend erfolgreich; sie führten weitgehend zu Lohnerhöhungen und Arbeitszeitverkürzungen²¹⁾. Dank dieser Erfolge hatte die Kampfbewegung innerhalb der Arbeiterschaft in den siebziger Jahren bereits zu starke Wurzeln ge-

16) In Deutschland fielen die Koalitionsverbote etwa im Jahrzehnt zwischen 1860 und 1870. Voran ging Sachsen, das in seinem Gewerbegesetz vom 15. 10. 1861 Verabredungen von Arbeitern zur Erzwingung höherer Löhne, kürzerer Arbeitszeit usw., freilich als für die Teilnehmer unverbindlich, zuließ, dem die thüringischen Staaten und das Großherzogtum Baden im Jahre 1862 folgten. Für das Reich aber brachte erst nach langjährigen Beratungen im Reichstag und unter dem maßgeblichen Einfluß von Schulze-Delitzsch die Reichsgewerbeordnung vom 29. 5. 1869 in § 152 die Koalitionsfreiheit.

17) Vgl. Pribram, HdwbGew Bd. 2, S. 1606.

18) Vgl. Hartung, Der Streik, S. 12.

19) Als erste entstanden die Hirsch-Dunckerschen Gewerkschaften, die unter Duncker und Schulze-Delitzsch zum Verband der deutschen Gewerkvereine, einer Organisation von 30 000 Mitgliedern, zusammengefaßt wurden (vgl. Brockhaus, Bd. 4, S. 618). Daneben standen die freien Gewerkschaften, als deren älteste der Allgemeine Deutsche Zigarrenarbeiterverein von 1865 und der Deutsche Buchdruckerverband von 1866 genannt seien (vgl. Grote, Der Streik, S. 32; Hartung, Der Streik, S. 12). 1875 gab es bereits 30 Gewerkschaften mit etwa 50 000 Mitgliedern an 1300 verschiedenen Orten (vgl. Brockhaus, Bd. 4, S. 617).

20) Vgl. Bräutigam, Der arbeitsrechtliche Kampfstreik als Eingriff in das Recht am Unternehmen, S. 9.

21) Pribram, HdwbGew, Bd. 2, S. 1606.

faßt, als daß die vom Sozialistengesetz (1878 - 1890) erwartete Wirkung wirklich auch eintreten konnte. Zwar ging die Streikbewegung in dieser Periode stark zurück²²⁾, doch konnte das Gesetz nicht verhindern, daß nunmehr die Arbeitskämpfe, wie früher, in Form des wilden Streiks vonstatten gingen.

c) Die Blütezeit nach Aufhebung des Sozialistengesetzes:

Als dann im Jahre 1890 mit dem Sozialistengesetz das Koalitionsverbot endgültig fiel²³⁾, waren die äußeren Voraussetzungen für die "Blütezeit des Arbeitskampfes, gekennzeichnet durch rationale Aktivität auf der Grundlage von Organisation und Disziplin"²⁴⁾ geschaffen, für eine Zeit, die mit wesentlich zur Verfestigung des Streikgedankens²⁵⁾, zur Herausbildung einer Kampfordnung und deshalb zur Grundlegung der formalen Seite der Sozialadäquanz beigetragen hat. Was damals durch die Kraft des Faktischen geschaffen worden ist, das ist es, worauf größtenteils die Sozialadäquanz von heute beruht. Die Entwicklung führte zu häufiger Inanspruchnahme des Streiks als Kampfmittel und dank der bereits vorhandenen Erfahrung zu einem geordneten Einsatz der Kampfkraft. An die Stelle des "unkontrollierbaren, eruptiven ... Ausbruchs"²⁶⁾ trat nunmehr "das kühle und nüchterne Prinzip des organisierten Streiks"²⁶⁾. Das Streikreglement wurde das gewerkschaftliche Mittel zur Lenkung des Kampfes, dessen sich die Arbeiterschaft, wie die Reichsstatistik zeigt, in zahllosen Fällen bediente²⁷⁾. Erwähnenswert aus dieser Zeit sind der zugunsten der Arbeiterschaft ausgehende Ausstand in der Krimmitschauer Textilindustrie (1903), ferner der große, erfolglos geführte Bergarbeiterstreik im Ruhrgebiet vom Jahre 1905 und der Ruhrbergarbeiterstreik von 1912, der mit einem vollständigen Mißerfolg für die Arbeiter endete²⁸⁾.

22) Vgl. dazu ausführlich Knoll, HdwGew, Bd. 2, S. 1513 ff.

23) Vgl. Pribram, HdwbGew, Bd. 2, S. 1606.

24) Heyde, HdwbSoz, Bd. 1, S. 304.

25) Vgl. ab-Yberg, Die Strikes und ihre Rechtsfolgen, S. 12; "Dagegen sind in unseren Tagen die Strikes so sehr in das Rüstzeug der Arbeiterwelt eingetreten, daß gewisse Faktoren, wie die Eigenart des Berufes, Interessen des Staates und die Macht der Religion die Inszenierung von Arbeiterausständen nicht mehr zu hemmen vermögen. Erstaunen muß jeden Unbefangenen ergreifen wenn er hört, ... wie in der vom Papste eigens empfohlenen Buch- und Kunsthandlung Benzinger in Einsiedeln Arbeiter unter der Sympathie hoher geistlicher Würdenträger die Arbeit niederlegen."

26) Grote, Der Streik, S. 36.

27) Vgl. die statistischen Angaben in HdbArbw, Bd. 1, Spalte 293 f.

28) Weber, HdwbSt, Bd. 1, S. 766 f.; Albrecht, WbVolksw, Bd. 1, S. 164.

d) Die Spätzeit nach dem ersten Weltkrieg:

Während für die Dauer des ersten Weltkriegs im großen und ganzen der "Burgfrieden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern"²⁹⁾ hergestellt war, leitete das Jahr 1918 nach dem Fortfall der letzten Schranken der Koalitionsfreiheit³⁰⁾ "die Spätzeit"³¹⁾ des Arbeitskampfes ein, in der sich "traditionelle Verhaltensweise"³¹⁾ - von da an rückt das konservierende Moment der Sozialadäquanz immer mehr in den Vordergrund - mit neuen tarifrechtlichen Problemen verband. Die gezeigte Bereitschaft der Arbeitgeberseite zum Abschluß von Tarifverträgen³²⁾, die staatlicherseits erfolgte Ausstattung der Verbände, Tarifnormen zu setzen und schließlich Art. 159 WV hatten endlich die so lange erkämpfte Anerkennung der gewerkschaftlichen Verbände³³⁾ gebracht, mit der zugleich die Anerkennung des Streiks Hand in Hand gegangen war. Während noch 1878 der preussische Innenminister von Puttkammer bei der Beratung des Sozialistengesetzes im deutschen Reichstag erklärt hatte: "Hinter jedem Streik lauert die Hydra der Revolution"³⁴⁾, heißt es im "Der Arbeitgeber" von 1922: "Der Streik ist das wirtschaftliche Kampfmittel der Gewerkvereinsbewegung, diese selbst das Ergebnis des modernen individuellen Arbeitsvertrages, der den einzelnen Lohnarbeiter ökonomisch machtlos machen würde, wenn es ihm nicht gelänge, durch den Zusammenschluß mit anderen seines Gewerbes seine Interessen korporativ zu vertreten"³⁵⁾.

e) Die Gegenwart:

Auch heute ist der Arbeitskampf zur Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen - in der nationalsozialistischen Ära war er verboten³⁶⁾ - wieder als zulässig

29) Weber, HdwbSt, Bd. 1, S. 767; Albrecht, WbVolksw, Bd. 1, S. 164.

30) Die Gewerbeordnung hatte die Koalitionsfreiheit nur für die gewerblichen Arbeiter gebracht. Im übrigen, insbesondere für das Gesinde und für die Landarbeiter, war sie nicht gewährleistet. Am 12. 11. 1918 verkündete nunmehr der Rat der Volksbeauftragten: "Das Vereins- und Versammlungsrecht unterliegt keiner Beschränkung"

31) Heyde, HdwbSoz, Bd. 1, S. 304.

32) Die Vereinbarung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden v. 15. 11. 1918 beginnt: "Die Gewerkschaften werden als berufene Vertreter der Arbeiterschaft anerkannt." Vgl. Hoeniger, RdA, 1953, 206.

33) Vor 1918 standen die Arbeitskämpfe, die um die Anerkennung der Gewerkschaften geführt wurden, weit im Vordergrund. Vgl. Hoeniger, aaO.

34) Zitiert bei Bräutigam, Der arbeitsrechtliche Kampfstreik als Eingriff in das Recht am Unternehmen, S. 12.

35) Levy, ArbG 1922, S. 234.

36) Vgl. Crone, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, S. 39, Fußnote

anerkannt. Bei der Schaffung des Bonner Grundgesetzes knüpfte man ganz an die Regelung der Weimarer Zeit an: Nur die Koalitionsfreiheit wurde verfassungsrechtlich garantiert; Arbeitskämpfe sind lediglich als hinzunehmende Erscheinungen unseres Wirtschaftslebens geduldet. Ihre praktische Bedeutung ist, von einzelnen großen Kämpfen³⁷⁾ abgesehen, nicht mehr groß. Denn die "Stationen der Not, der Entbehrung und des Untergangs"³⁸⁾, in denen die Selbsthilfe der Beteiligten sein mußte, sind überwunden. Damit ist gleichzeitig ein allmählicher Wandel in der sozialen Struktur eingetreten, der zur Herausbildung des Gedankens der Sozialpartnerschaft und deshalb zu einer erheblichen Entschärfung des Spannungsverhältnisses zwischen Unternehmertum und Arbeiterschaft geführt hat. Doch ist uns die Kampffreiheit für ernste Situationen als ein auch heute nicht völlig entbehrliches Relikt aus früherer Zeit geblieben.

3. Die Geschichte der Aussperrung (Anhang):

Die Geschichte der Aussperrung beginnt erst verhältnismäßig spät nach der Anerkennung der Koalitions- und Streikfreiheit durch die Gewerbeordnung von 1869³⁹⁾, läuft jedoch im übrigen mit derjenigen des Streiks im wesentlichen parallel. Das erklärt sich daraus, daß Aussperrungen in erster Linie Gegenmaßnahmen gegen Streiks, zunächst also Abwehr-, Defensiv Aussperrungen gewesen sind⁴⁰⁾. Dieser ihr ursprünglicher Charakter spiegelt sich deutlich wider in dem Namen der ersten Kampforganisationen der Arbeitgeber, die als "Antistreikvereine" bezeichnet wurden⁴¹⁾. Die Aussperrungen waren von allem Anfang an planmäßig vorbereitete und durchgeführte Kämpfe⁴²⁾. Ihre große Zeit beginnt mit dem Zusammenschluß der Arbeitgeber zu Arbeitgeberverbänden (Zentralverband der Arbeitgeber von 1904!⁴³⁾). Heute sind Aussperrungen eine Seltenheit. Das erklärt sich aus dem wirtschaftlichen Risiko, das für jeden Unternehmer mit einer Betriebseinstellung verbunden ist⁴⁴⁾.

55; Nikisch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, S. 71; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 370.

37) Z. B. dem Bayerischen Metallarbeiterstreik v. 9. 8. - 27. 8. 1953, dem Schleswig-Holsteinischen Metallarbeiterstreik v. 24. 10. 1956 - 14. 2. 1957.

38) Grote, Der Streik, S. 39.

39) Vgl. Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 180; Herschel, Staatslexikon, Bd. 1, Spalte 723.

40) Vgl. Herschel, Staatslexikon, Bd. 1, Spalte 723; Pribram, HdwbGew, Bd. 1, S. 147.

41) Pribram, HdwbGew, Bd. 1, S. 147.

42) Weber, HdwbSt, Bd. 1, S. 775.

43) Weber, HdwbSt, Bd. 1, S. 766.

44) Herschel, Staatslexikon, Bd. 1, Spalte 723.

4. Das zusammenfassende Ergebnis:

Die Geschichte des Arbeitskampfes zeigt, daß das, was früher Ausbruch aus den gesellschaftlichen Schranken war, heute - wohl durch die Kraft des Faktischen - Teil der (formalen) gesellschaftlichen Ordnung geworden ist. Der Arbeitskampf hat sich innerhalb unserer Gesellschaftsordnung eine anerkannte Stellung verschafft und sie bis heute behauptet.

§ 8

Die sozialetische Rechtfertigung der Sozialadäquanz
(Die sozialetisch-materiale Komponente der Sozialadäquanz)

1. Die einzelnen Meinungen als Anknüpfungsmoment:

Ausgangspunkt für die nähere Untersuchung des Begriffs der Sozialadäquanz im Arbeitskampfrecht sollen diejenigen Auffassungen sein, welche unter Bezugnahme auf die Ordnung unseres Zusammenlebens entweder die Rechtmäßigkeit des Streiks oder die Kampffreiheit als solche begründen wollen; denn die für die Begründung der Kampffreiheit vorgetragenen Gesichtspunkte sind zugleich Argumente für die Rechtfertigung (im Sinne von Ausschluß der Rechtswidrigkeit) von Kampfmaßnahmen.

Die einzelnen Meinungen:

Müller¹⁾ führt den Streik als Institution auf eine bestimmte sozialphilosophische Auffassung, nämlich den Gedanken vom "freien Spiel der Kräfte" zurück. In einem Gesellschaftssystem, in dem das Wohl aller dadurch erreicht werde, daß der einzelne sich frei bewegen könne, müsse der Streik "als Mittel zur Herbeiführung einer gesellschaftlichen Ordnung" vom Recht anerkannt werden.

Hessel verweist auf die Zeit des ersten Liberalismus, in der die formalrechtliche Vertragsfreiheit in Wirklichkeit eine Diktatfreiheit zu Gunsten des Unternehmers gewesen ist und bezeichnet den Streik als einen "besonderen sozialökonomischen Tatbestand"²⁾, als ein "ausgesprochenes, besonders anerkanntes Rechtsinstrument des modernen Arbeitsrechts sowohl nach allgemeinen arbeitsrechtlichen als auch verfassungsrechtlichen Grundsätzen"³⁾. Wenn die herrschende Arbeitsverfassung eine Einrichtung des Staates auf die Lohn- und Tarifpolitik konsequent ablehnt, "wenn hienach also die Lohn- und Tarifpolitik eine ausschließliche Angelegenheit soziologischer, ökonomischer Machtgruppen ist, so wird der Streik ganz zwangsläufig zu einem ausdrücklichen Rechtsinstrument im Rahmen dieser Arbeitsverfassung". Nur so konnten die nicht durch eine Vereinbarung zu überbrückenden Interessenstreitigkeiten ausgetragen werden, weil andernfalls nur die Unterwerfung der Arbeitnehmer unter das einseitige Diktat des ökonomisch überlegenen Partners bliebe, und "Diese einseitige Bestimmung der Lohn- und Arbeitsbedingungen entspräche nicht mehr einer gesellschaftlich gerechten Ordnung"⁴⁾.

1) RdA 1951, 247 f.

2) BB 1951, 86; GMH 1954, 438.

3) RdA 1952, 48.

4) RdA 1952, 48.

Niese⁵⁾ meint, weil es nicht gelungen sei, die soziologische Wandlung vom Wirtschaftsindividualismus zum -kollektivismus rechtlich zu bewältigen, bliebe - zur Gewinnung eines gerechten Interessenausgleichs - nichts anderes übrig, als in diesem Bereich die aus dem Raume der Einzelbeziehungen bis auf geringe Reste verdrängte Selbsthilfe als ein modernes kollektives "Fehderecht" wieder anzuerkennen. Bei dem eigenartigen Spannungsverhältnis zwischen "Arbeitsplatz- und Arbeitskraftpotential" glaube man, die wirtschaftlichen Gegensätze am besten sich selbst überlassen zu sollen, da sich im freien Feld der Kräfte der gesündeste Ausgleich vollziehe.

Nach Hoeniger⁶⁾ ist der arbeitsrechtliche Friede in erster Linie durch frei zustande gekommene, den Frieden sichernde Gesamtverträge aufrecht zu erhalten; wenn aber ein solcher Vertrag in freier Vereinbarung nicht zustande komme, dann müsse - insbesondere weil sich die Zwangsschlichtung in Zeiten freier Marktwirtschaft auf die Dauer als unzulänglich erwiesen hat - die Rechtsordnung den Arbeitskampf dulden. Der Arbeitskampf sei ein ordnendes Grundprinzip in unserer gegenwärtigen Rechts- und Wirtschaftsordnung; er führe letztlich zur Ordnung der Arbeitsverhältnisse, genauso wie in der Marktwirtschaft der oft den einzelnen nicht weniger hart treffende Wettbewerbskampf das Preis- und Produktionsgleichgewicht herbeiführe.

Hueck⁷⁾ ist der Ansicht, der Staat überlasse nach dem heutigen Wirtschaftssystem die Festsetzung der Löhne und der Arbeitsbedingungen und darüber hinaus die Regelung der arbeitsrechtlichen Beziehungen überhaupt grundsätzlich der Selbstbestimmung der Beteiligten. Das freie Spiel der Kräfte solle zu den sozial und wirtschaftlich wünschenswerten Arbeitsbedingungen führen. Weil der einzelne Arbeitnehmer für sich allein nicht in der Lage sei, einen mitbestimmenden Einfluß auszuüben, könne eine wirklich paritätische Selbstbestimmung nur durch ein Zusammenwirken der Koalitionen erreicht werden. Wenn auch die Ordnung unseres Arbeitslebens heute wesentlich auf kollektiven Vereinbarungen der Sozialpartner beruhe, so rechne das heutige Wirtschaftssystem doch mit der Möglichkeit des Scheiterns solcher Verhandlungen und lasse deshalb als letztes Ventil den Arbeitskampf zur Erreichung gerechter Arbeitsbedingungen zu. Die Rechtsordnung nehme bewußt die Schädigung anderer durch den Arbeitskampf in Kauf und sehe deshalb einen derartigen Arbeitskampf als gerecht an.

Kaiser⁸⁾ nennt es "ein erregendes Schauspiel, zu sehen, wie sich innerhalb der rationalen, perfektionierten Rechtsordnung des modernen Staates ein Bereich ge-

5) Niese, Streik und Strafrecht, S. 37 f.

6) RdA 1953, 206.

7) Festschrift für Herschel, S. 40 f; RdA 1956, 205.

8) Kaiser, Der politische Streik, S. 6.

öffnet hat, in dem Interessen kollidieren, für deren Austrag die Rechtsordnung keine geeigneten Mittel bereit hält und deshalb den Kampf zulassen muß." Das Arbeitsrecht könne den Kampf nicht ausschließen; es rechne vielmehr mit dem Bruch des Arbeitsfriedens und der damit eintretenden Gefährdung der Prosperität.

Auch nach Sitzler⁹⁾ müsse man in einer freien Wettbewerbswirtschaft mit freiem Tarifrecht den Arbeitskampf als letztes Mittel zur Austragung tarifpolitischer Streitfragen in Kauf nehmen.

Nach Nikisch¹⁰⁾ bedeutet der Arbeitskampf eine Störung der kollektiven Ordnung des Arbeitslebens, die jedoch in einer von liberalen Grundsätzen getragenen Arbeitsverfassung nicht verboten werden kann.

Bezüglich der Auffassung Nipperdeys und des Bundesarbeitsgerichts wird auf § 6¹¹⁾ verwiesen.

2. Die innere Begründung für die Rechtfertigung des Arbeitskampfes:

Die einzelnen Begründungsversuche laufen im wesentlichen auf dieselben Gedankengänge hinaus. Sie kreisen um das Problem der sozial und wirtschaftlich wünschenswerten Arbeitsbedingungen, des gerechten Interessenausgleichs, der gerechten Lösung des Verhältnisses zwischen Kapital und Arbeit, schlechthin um das Problem einer gerechten gesellschaftlichen Ordnung.

Ansatzpunkt für das Suchen nach dieser Ordnung ist die konkrete Situation: Wir leben in einer Zeit, in der der Gedanke des "freien Spiels der Kräfte" die gesamte Wirtschaftsordnung beherrscht. Liberale Wirtschaftsordnung, heutiges Wirtschaftssystem, freie Wettbewerbswirtschaft, das sind die Begriffe, die in den einzelnen Untersuchungen regelmäßig wiederkehren. In dem Wesen einer solchen Wirtschaftsverfassung - so heißt es - sei es begründet, daß sich auch auf dem Arbeitsmarkt die Austragung von Interessenstreitigkeiten, der Ausgleich wirtschaftlicher Gegensätze in Freiheit vollziehe. Diese Freiheit sei aber nur gewährt, wenn der Arbeitskampf von der Rechtsordnung wenn auch nicht gebilligt, so doch wenigstens als notwendiges Phänomen des Wirtschaftsliberalismus hingenommen werde. Man fürchtet, daß sich die Entwicklung nunmehr rückläufig vollziehe, wenn die Rechtsordnung hier einen anderen Standpunkt einnehme. Der Entzug der Kampfmöglichkeit bedeute für die Arbeitnehmerschaft die Wegnahme ihres ein-

9) Sitzler, Festschrift für Nipperdey, S. 193.

10) Nikisch, Gutachten, S. 18; derselbe, ArbG 1951, Heft 18, S. 30; derselbe, Lehrbuch II, S. 113.

11) Z. 1 a. E.

zigen Mittels, mit dessen Hilfe sie der faktisch stärkeren, weil mit der Kapitalkraft ausgestatteten Unternehmerseite ein wirksames Potential entgegensetzen konnte, und sei der Anfang der Rückkehr zur Diktatfreiheit, zur Ausnutzung der unternehmerischen Überlegenheit¹²⁾.

Dabei sei nicht verkannt, daß diese Beurteilung des Arbeitskampfes als einer nicht verbotbaren Erscheinung unseres Wirtschaftssystems wesentlich mit auf der geschichtlichen Entwicklung beruht, wie sie um die Mitte des 19. Jahrhunderts ihren Anfang genommen und schließlich zur Anerkennung des Arbeitskampfes geführt hat; Arbeitskämpfe sind heute nicht zuletzt deshalb gerechtfertigt, weil sie uns die geschichtliche Überlieferung als nicht gegen die Rechtsordnung verstößende Tatbestände lehrt. Die heutigen Gerechtigkeitsvorstellungen sind durch diejenigen unserer Vorfahren notwendig mitbestimmt¹³⁾.

Hinter diesen Überlegungen verbirgt sich der Gesichtspunkt der sozialen Adäquanz als eines rechtskorrigierenden Prinzips, wie es oben¹⁴⁾ bereits näher dargestellt worden ist; Der Arbeitskampf ist erlaubt, weil ihn unsere geschichtlich gewordene sozialetische Ordnung als letztes Regulativ zur Schaffung gerechter Arbeitsbedingungen nicht völlig entbehren kann. Wenn es auch nicht immer ausdrücklich ausgesprochen ist, so führt dieser Gedanke zusammen mit der Tatsache, daß es eine Kampffreiheit ohne ein den Eingriff in fremde Rechte rechtfertigendes Element nicht geben kann, schließlich so weit, daß auch die mit Arbeitskämpfen notwendig verbundenen Rechtsverletzungen gedeckt sein müssen. In diesem Sinne hat Müller¹⁵⁾ durchaus recht, wenn er den Streik als ein legales und unentbehrliches Mittel zur Herbeiführung einer gerechten Ordnung bezeichnet. Mag Nikisch¹⁶⁾ grundsätzlich zugestanden werden, daß der Arbeitskampf nicht ein Teil der kollektiven Ordnung des Arbeitslebens, sondern eine Störung dieser Ordnung sei, so ist damit noch keineswegs widerlegt, daß gerade durch eine solche, aber zeitlich doch beschränkte Störung des Arbeitsfriedens und durch den damit verbundenen wirtschaftlichen Druck, der auf den Kampfgegner ausgeübt wird, für die Zukunft

12) Wenn auch heute an die Stelle des Begriffs der sozialen Gegenspieler der Gedanke der Sozialpartnerschaft getreten ist, so darf man sich doch nicht darüber hinwegtäuschen lassen, daß Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen vielfach zwangsläufig einander entgegengesetzt sind. Es ist ganz klar, daß der Arbeitnehmer kürzere Arbeitszeiten und möglichst hohen Lohn erstrebt, der Arbeitgeber möglichst viel und billig zu produzieren und deshalb die Forderungen der Sozialpartner zu drücken versucht.

13) Vgl. oben § 3, 2 gegen Ende.

14) Vgl. oben § 3, 2 und § 4, 6.

15) RdA 1951, S. 248.

16) Nikisch, Gutachten, S. 17 f; Der Arbeitgeber 1951, Heft 18, S. 30.

erst die gerechte Ordnung geschaffen und gesichert werden kann. Es soll hier keineswegs dem Arbeitskampf das Wort geredet werden, der der Wirtschaft ungeheuerer Schäden zuzufügen in der Lage ist; er ist und bleibt von allen denkbaren Möglichkeiten, zu einer vernünftigen und gerechten Regelung der Arbeitsbedingungen zu gelangen, die ungeeignetste, aber nicht, weil sich - wie Nikisch¹⁷⁾ meint - im freien Spiel der Kräfte eine billige Regelung nicht herausbilden könne, sondern weil er wie kein anderes Mittel mit großen Schädigungen sowohl des Kampfgegners als auch der Allgemeinheit verbunden ist. Aber eines müssen wir konzedieren: Der Arbeitskampf ist in einer Zeit, in der der Staat die Regelung der Arbeitsbedingungen allein der Selbstbestimmung der Beteiligten überläßt, das einzig wirksame und notwendige Instrument der Parteien des Arbeitslebens, insbesondere der Arbeitnehmerseite, um beim harten Aufeinanderprallen der konträren Standpunkte im Gleichgewicht der Kräfte ein annehmbares Ergebnis auszupendeln. Es gibt und wird immer wieder Situationen geben, in denen ein Beteiligter seine Machtstellung hartnäckig und bis zur Grenze des Mißbrauchs auszunützen versucht und nur durch äußeren Zwang zum Nachgeben bewegt werden kann¹⁸⁾. Versagt in diesen Fällen die staatliche Hilfe, so muß jedes gerechte Recht als Notlösung wenigstens die Selbsthilfe der Beteiligten zulassen. Der erforderliche Ausgleich muß sich irgendwie vollziehen können und vollziehen dürfen, auch wenn damit die Schädigung des Kampfgegners verbunden ist, die als unvermeidliches Übel in Kauf genommen werden muß. In vielen Fällen aber wird es gar nicht zu einer solchen Schädigung kommen, weil bereits das Institut des Arbeitskampfes als solches, das gleichsam als Damoklesschwert stets über dem Haupt des sozialen Gegenspielers schwebt, durch sein bloßes Dasein, durch seine bloße Existenz seine Wirkung tut. Schon allein die Möglichkeit, daß beispielsweise die Arbeitnehmer einen Streik jeden Tag vom Zaune brechen können, wird vielfach und häufig genügen, ihn, den bei Fehlen einer Sanktion unnachgiebigen Partner, verhandlungsbereit zu machen. Die Geschichte des Streikrechts, die von der unternehmerischen Diktatfreiheit zur Anerkennung der Gewerkschaften als gleichberechtigter Verhandlungspartner führt, macht dies deutlich. Das Ergebnis ist allein der ständig wachsenden Macht der Arbeiterschaft zuzuschreiben, die dem Unternehmertum mit der Koalition den Streik als nicht zu übersehendes Faktum entgegenzustellen gewußt hat.

17) Nikisch, Gutachten, S. 18.

18) Auf dieser Erkenntnis beruht einer der Grundgedanken unserer gesamten Rechtsordnung, wonach grundsätzlich jede Norm mit Erzwingbarkeit ausgestattet ist. Das Völkerrecht bildet in dieser Hinsicht die wesensmäßig begründete Ausnahme, weil es hier an einem übergeordneten Rechtsvollstrecker fehlt.

3. Zusammenfassung:

Die Sozialadäquanz des Arbeitskampfes ist die notwendige Folge einer freiheitlichen Wirtschafts- und Sozialordnung. Wo der Staat die Regelung der Arbeitsbedingungen nicht selbst in die Hand nimmt, muß zur Verhütung von Mißbräuchen die Selbsthilfe der Beteiligten gestattet sein.

§ 9

Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund und ihr Verhältnis zu den Begriffen Rechtmäßigkeit, Legalität und Legitimität

1. Die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund:

Jeder Arbeitskampf bedeutet Schädigung des Gegners zur Durchsetzung der eigenen Belange. Deshalb beruht die Sozialadäquanz auf einer Interessenabwägung¹⁾, die vollzogen wird zwischen dem schutzwürdigen Interesse der einen Partei an der Unterlassung jeglicher Schädigung durch die andere und dem Interesse der anderen an der Erlangung gerechter Arbeitsbedingungen und die aus den dargelegten Gründen zugunsten der letzteren entschieden wird.

So weicht im Falle des Streiks das Recht des Unternehmers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dem Anspruch des Arbeitnehmers auf den gerechten Lohn, und im Falle der Aussperrung weicht das Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz vor der Forderung der Arbeitgeberseite auf Angleichung des überhöhten Lohnes an das allgemeine Lohnniveau. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses aus einer solchen Wertabwägung wird durch die Verfassung überzeugend bestätigt. Die Erlangung gerechter Arbeitsbedingungen ist ein durch den Grundsatz der Sozialstaatlichkeit (Art. 20 I GG) gefordertes Ziel und somit unter den Schutz eines "tragenden Prinzips unseres Staates"²⁾, einer "Grundnorm obersten Ranges"³⁾ gestellt. Dieser Fundamentalnorm gegenüber muß im Konfliktfall nach den Wertungsmaßstäben unserer Verfassung selbst das in Art. 14 GG grundrechtlich garantierte Eigentum, zumindest soweit es als subjektives Recht und nicht als Institution gemeint ist, zurücktreten; denn Art. 20 I GG ist gegenüber Art. 14 GG die höherrangige Verfassungsnorm⁴⁾. Das ergibt sich insbesondere auch aus Art. 79 III GG, der eine Änderung des Art. 20 GG verbietet, sowie aus Art. 14 GG, der durch den Hinweis auf die Schranken und die verpflichtende Funktion des Eigentums dem Sozialstaatsgedanken die Vorrangstellung zuerkennt. Diese Vorrangstellung, die sicherlich gegenüber dem Recht am Unternehmen besteht, gilt in gleicher Weise auch gegenüber dem Recht am Arbeitsplatz, das dem Schutz der Einkommensquelle die-

1) Vgl. auch Ramm, JZ 1964, 547.

2) Vgl. BVerfGE 3, 381.

3) Vgl. Huber, WirtschVerwR I, S. 36 f.

4) Vgl. Hamann, Das Grundgesetz, Einführung, I D 2; Huber, WirtschVerwR I, S. 36; BAG v. 14. 7. 54, AP, Art. 3 GG, Nr. 1; vgl. auch Art. 151 I Weimarer Reichsverfassung. Besonders klar Gerber, AÖR 81, 30: "Ist die Sozialstaatsklausel eine Wertungsnorm, dann muß sie durchgreifende Wirkung selbst Grundrechtsbestimmungen aller Art gegenüber haben."

nend⁵⁾ (wenigstens überwiegend) vermögensrechtlichen Charakter trägt.

Nach der neuen Auffassung des Bundesarbeitsgerichts⁶⁾ führt die Sozialadäquanz sogar zur Suspendierung einzelarbeitsvertraglicher Verpflichtungen; das Interesse an der Ermittlung der Arbeitsbedingungen geht einzelarbeitsvertraglicher Bindung vor.

Im Zusammenhang mit früheren Ausführungen⁷⁾ ergibt sich daraus von selbst, daß die Sozialadäquanz Rechtfertigungsgrund ist.

2. Das Verhältnis von Sozialadäquanz, Rechtmäßigkeit, Legalität und Legitimität:

Als solcher ist sie insbesondere bei der Frage nach der deliktischen Widerrechtlichkeit bei § 823 BGB entwickelt worden; sie beseitigt die Rechtswidrigkeit tatbestandsmäßigen deliktischen Verhaltens⁸⁾. Daneben stehen dann die anderen Arten der Widerrechtlichkeit, deren Verhältnis zur Sozialadäquanz im Zusammenhang mit dem Begriff der Legitimität gesehen werden soll. Ein kurzer Blick in Lehre und Rechtsprechung zeigt, daß über die Bedeutung der Begriffe Legalität, Legitimität, Rechtmäßigkeit, Sozialadäquanz, insbesondere über ihr Verhältnis zueinander, im Arbeitskampfrecht keine rechte Klarheit herrscht⁹⁾. Schuld daran ist nicht zuletzt das Fehlen einer festen, einheitlichen Terminologie. So hat es den Anschein, daß das Bundesarbeitsgericht im Beschluß des Großen Senats vom 28. 1. 1955¹⁰⁾ den Begriff der Legitimität nicht immer im selben Sinne verwendet¹¹⁾ und daß es auch in den späteren Entscheidungen noch nicht zu einer end-

5) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 637.

6) Beschluß des Großen Senats v. 28. 1. 55, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1; weitere Fundstellennachweise vgl. oben § 6, Fußnote 20.

7) Vgl. dazu § 4, 3.

8) Vgl. Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 122 ff.

9) Vgl. auch Köst, Arbeitsrecht, S. 205.

10) Vgl. BAG, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, weitere Fundstellen vgl. oben, § 6, Fußnote 20.

11) Es spricht in dem oben erwähnten Beschluß des GS v. 28. 1. 55 vom kollektivrechtlich legitimen Streik (Bl. 221), vom legitimen gewerkschaftlichen Streik (Bl. 222), vom legitimen Streik um die Arbeitsbedingungen (Bl. 224), von sozialadäquaten Arbeitskämpfen als einem legitimen Mittel zur Erreichung kollektivrechtlicher Vereinbarungen (Bl. 224 R), vom legitimen Streik, dem weder vertragliche noch allgemeine kollektive Verhaltenspflichten entgegenstehen (Bl. 225),

gültigen Begriffsfestlegung gekommen ist¹²⁾. Entsprechende Unsicherheit herrscht in der Rechtslehre¹³⁾.

von legitimen Kampfmaßnahmen zur Erreichung kollektiver Kampfziele (Bl. 226 R).

Vgl. auch Nikisch, Lehrbuch II, S. 112; Ramm, JZ 1961, 275.

- 12) In einem Urteil v. 4.5.55, BAGE 2, 75 = AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 2 = Betr. 1955, 779 f = BB 1955, 415 = BB 1955, 732 = WA 1955, 138 f = ARSt XV Z. 85 = ArbU 1955, 315 ff = NJW 1955, 1373 f = SAE 1956, 12 ff = Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil XI, Urteilssammlung, Arbeitskampf, Allgemeines - 2, ist ausgeführt: "Der Streik um Arbeitsbedingungen, die dem geltenden Tarifvertragsrecht entsprechen, ist ... grundsätzlich legitim und erlaubt."
- In einem Urteil v. 5.9.55, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 3 = Betr. 1955, 1018 f = BB 1955, 929 = WA 1955, 170 = ARSt XV Z. 322 = ArbG 1955, 758 = BlStSozArbR 1955, 349 = RdA 1955, 399, heißt es: "Da nach dem Vorbringen der Parteien der vorliegende Streik weder gegen eine tarifl. Verpflichtung verstieß noch eine unerlaubte Handlung nach den §§ 823 ff BGB darstellte, so wurde er als sozialadäquater Streik mit dem Eintritt der Gewerkschaft zu einem legitimen gewerkschaftl. Streik im Sinne des angezogenen Beschlusses des Großen Senats."
- Im Schleswig-Holstein'schen Metallarbeiterstreikurteil v. 31.10.58 wird der sozialadäquate Streik als legitim bezeichnet; vgl. AP, § 1 TVG - Friedenspflicht - Nr. 2, Bd. 17 R = Betr. 1959, 86, 143 = ArbRB1, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 9 = SAE 1959, 41 ff = Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil XI, Urteilssammlung, Tarifvertrag, Friedenspflicht - 2.
- Nach einem Urteil v. 17.12.58, ArbRB1, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 10 = AP, § 1 TVG - Friedenspflicht - Nr. 3 = BB 1959, 304 = Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil XI Urteilssammlung, Tarifvertrag, Friedenspflicht - 4, ist ein wild begonnener Streik nur dann legitim, "wenn ihn die Gewerkschaft ohne Verstoß gegen ihr obliegende Pflichten aus dem Tarifvertrag oder gegen allgemeine Verhaltenspflichten (sozialadäquater Streik) übernehmen durfte".
- 13) Hueck (RdA 1956, 204) und Dersch (Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S. 327) stellen die Begriffe Legitimität und soziale Adäquanz nebeneinander, ohne daß ihre unterschiedliche Bedeutung erkennbar würde. Auch bei Bulla (ArbRB1, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 10, Anm.) werden keine festen Unterscheidungsmerkmale ersichtlich. Siebert (SAE 1956, 19) setzt die Legitimität der Rechtmäßigkeit gleich. Dietz (Festschrift für Herschel, S. 47 f) meint, nur ein Streik oder eine Aussperrung, die das Ziel verfolgen, die Gegenseite zum Abschluß von Tarifverträgen zu zwingen, sei legitim. Molitor (BB 1955, 455) glaubt feststellen zu können, daß der vorerwähnte Beschluß des Großen Senats

Ein praktisch brauchbares Ergebnis wird gewonnen, wenn man von der Terminologie Nipperdeys ausgeht. Danach ist legitim der nach allen Seiten hin rechtmäßige Arbeitskampf, d. h. ein solcher, der weder deliktisch, insbesondere sozialinadäquat, noch tarifwidrig, noch amtswidrig, noch betriebsverfassungswidrig ist¹⁴). Macht man sich dann klar, daß der betriebsverfassungswidrige Arbeitskampf wegen des Schutzgesetzcharakters der §§ 49 II S. 2 BetrVG und 55 II S. 2 PersVG und daß auch die gegen die Amtspflicht verstoßenden Streiks und Aussperrungen unerlaubte Handlungen sind, so ist illegitim derjenige Arbeitskampf, der weder tarifwidrig noch deliktisch ist. Das scheint im Grunde wohl auch die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts zu sein, für die es sich bereits mehrmals ausgesprochen hat¹⁵). Legitim ist danach also die kollektivrechtlich nicht zu beanstandende Arbeitseinstellung¹⁶), der in kollektivrechtlicher Sicht total rechtmäßige, legale Arbeitskampf. Die Begriffe Legalität und Legitimität sind insoweit gleichbedeutend¹⁷). Die so determinierte Legitimität ist auch im Rahmen der Suspendierungstheorie¹⁸) maßgeblich.

Hingegen ist der Begriff der Rechtmäßigkeit als Gegensatz zur Rechtswidrigkeit relativiert; denn diese richtet sich stets nach dem Bezugsmonat, an Hand dessen man gerade die Wertung vollzieht. So gibt es eine Rechtswidrigkeit in Bezug auf den Tarifvertrag (Tarifwidrigkeit), auf § 823 BGB (deliktische Widerrechtlichkeit), auf § 839 BGB (Amtswidrigkeit), auf §§ 49 II S. 2 BetrVG, 55 II S. 2 PersVG (betriebsverfassungsrechtliche Widerrechtlichkeit), auf die Verbandssatzung (verbands-

die Legalität eines Streiks, der um Löhne und Arbeitsbedingungen geführt wird und zum Abschluß eines Tarifvertrages führen soll, mit dem Begriff der sozialen Adäquanz bezeichne. Nikisch (Lehrbuch II, S. 113 f) sieht aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten jeden gewerkschaftlich geführten (wenn auch rechtswidrigen, z. B. tarifwidrigen) Streik zur Unterscheidung vom wilden Streik als legitim an. Nach Siebrecht (Das Recht im Arbeitskampf, (2. Aufl., S. 28) unterscheidet sich der sozialadäquate Streik vom legitimen Streik dadurch, daß dieser von einer Gewerkschaft beschlossen wurde. Nach der Auffassung Ramms (JZ 1961, 275) sieht das BAG die Begriffe "soziale Adäquanz", "kollektivrechtliche Legitimität", "Legitimität", "Rechtmäßigkeit als Kollektivakt" und das Gegenstück zur "Rechtswidrigkeit" eines gewerkschaftlichen Streiks (die die Fälle der Tarifwidrigkeit, Sittenwidrigkeit und des Verstoßes gegen § 823 I BGB umfasse) als gleichbedeutend an.

14) Vgl. Lehrbuch, S. 616, insbes. Fußnote 41; ferner Zimmer, RdA 1962, 460. Vgl. auch Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 51 ff.

15) Vgl. dazu die in den Fußnoten 11 und 12 zitierten Entscheidungssätze.

16) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 616.

17) Nikisch, Lehrbuch II, S. 112 f.

18) Vgl. unten § 11.

rechtliche Widerrechtlichkeit), auf ein Strafgesetz (strafrechtliche Widerrechtlichkeit)¹⁹⁾. Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist also kein einheitlicher, vielmehr gibt es nur einzelne Arten derselben, so daß nicht etwa der verbandswidrige Arbeitskampf ohne weiteres auch eine (widerrechtliche) unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 BGB sein muß²⁰⁾.

Aus dem Gesagten ergibt sich bereits von selbst, daß die Illegitimität den Oberbegriff für die beiden Widerrechtlichkeitsarten der Tarifvertragswidrigkeit und der Deliktswidrigkeit (in dem umfassenden, die Amts- und Betriebsverfassungswidrigkeit umschließenden Sinne) bildet, von denen jede bereits für sich allein die Illegitimität eines Arbeitskampfes zu begründen in der Lage ist.

Die soziale Adäquanz spielt eine grundsätzliche und entscheidende Rolle nur bei der Frage nach der deliktischen Widerrechtlichkeit. Nur in diesem Zusammenhang hat sie bisher Rechtsprechung und Lehre näher interessiert. Inwieweit sie dann auch bei den übrigen Arten der Rechtswidrigkeit, insbesondere bei der Vertragswidrigkeit, von Bedeutung ist, soll später in anderem Zusammenhang erörtert werden²¹⁾.

3. Ergebnis:

Die Sozialadäquanz im Arbeitskampfrecht bewirkt grundsätzlich die Rechtfertigung des um die Arbeitsbedingungen geführten Kampfes²²⁾. Sie ist darnach Rechtfertigungsgrund. Von den Begriffen Legalität, Legitimität, Rechtmäßigkeit ist sie zu unterscheiden.

19) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 628 ff.

20) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 616, Fußnote 41.

21) Vgl. unten § 11.

22) Wegen ihrer Grenzen vgl. § 10.

1. Die Thesen Nipperdeys:

Im vorausgegangenen Paragraphen ist dargetan worden, daß die Sozialadäquanz grundsätzlich die Erlaubtheit des tatbestandsmäßig gegen § 823 BGB verstoßenden Arbeitskampfes begründet¹⁾, daß die Kampffreiheit durch die Sozialadäquanz existiert. Aber jede Freiheit bedeutet zugleich auch Bindung; eine schrankenlose Freiheit gibt es nicht. Das gilt insbesondere in einer hoch entwickelten und durchgebildeten rechtlichen und sozialen Ordnung, in deren größeres Gesamtgefüge sich jede Erscheinung des mitmenschlichen Zusammenlebens einordnen muß. Die umfassende Gesamtordnung ist das beherrschende Leitbild, nach dem sich jeder Tatbestand ausrichtet und das jedem Tatbestand erst sein verfeinertes Gepräge verleiht. Aus diesem Grunde kann es auch keine unbegrenzte Kampffreiheit geben; vielmehr unterliegt auch sie gewissen Schranken, die ihr unsere Rechts- und Sozialordnung auferlegt.

Den Versuch, die Schranken im einzelnen aufzuzeigen, hat erstmals Nipperdey unternommen, der in seinem Zeitungsstreikgutachten zunächst drei Grundregeln aufstellt²⁾, die er dann in seinem Lehrbuch³⁾ auf acht Prinzipien erweitert hat. Diese sind folgende:

- (1) Der Arbeitskampf muß um die Gestaltung der Arbeitsbedingungen geführt werden.

1) Vgl. § 9, Z. 1.

2) Vgl. Nipperdey, Gutachten, S. 43; Nipperdey stellt folgende Grundsätze heraus: "Es muß um die Arbeitsbedingungen (im weiten Sinne des Wortes, einschl. der Betriebsverfassung, arbeitsrechtl. Streitigkeiten usw.) gehen.

Die Aktion muß gegen die Arbeitgeber und (oder) ihre Vereinigungen gerichtet sein und diese zur Bewilligung der Forderungen veranlassen wollen. Diese müssen daher potentiell rechtlich in der Lage sein, die Forderungen zu bewilligen.

Die Verwirklichung des Streikziels muß durch privatrechtlich-arbeitsrechtliche Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern erstrebt werden (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Arbeitsverträge, Wiedereinstellung, Rücknahme einer Kündigung usw.)."

3) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 641 f; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 96 ff; vgl. nunmehr auch Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (3. Aufl., 1959), S. 295 f, und (4. Aufl., 1962), S. 372 f, sowie Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm. 101 ff.

- (2) Der Arbeitskampf muß gegen die sozialen Gegenspieler oder ihre Vereinigungen gerichtet sein; diese müssen potentiell rechtlich in der Lage sein, die Forderungen zu bewilligen.
- (3) Der Arbeitskampf muß von einer tariffähigen Partei (Arbeitgeber, Arbeitgeberverband, Gewerkschaft) geführt werden; ein wilder Streik ist sozialinadäquat.
- (4) Der Arbeitskampf muß ein kollektivrechtliches Ziel verfolgen, das potentiell durch Tarifvertrag geregelt werden kann, mag auch der Streit im Einzelfall in anderer Weise (z. B. durch tatsächliche Wiedereinstellung entlassener Arbeiter) seine Erledigung finden.
- (5) Der Arbeitskampf darf keine Ziele verfolgen, die den Grundsätzen des kollektiven Arbeitsrechts widersprechen.
- (6) Der Arbeitskampf muß ultima ratio sein.
- (7) Der Arbeitskampf und die einzelnen Kampfhandlungen müssen fair sein.
- (8) Der Arbeitskampf gegen kollektiven nicht sozialadäquaten Kampf des Gegners genießt aus dem Notwehrgedanken eine Sonderstellung.

Aus diesen acht Punkten zieht dann Nipperdey eine Reihe von Einzelfolgerungen⁴⁾, auf die jedoch erst in anderem Zusammenhang näher eingegangen werden soll⁵⁾.

2. Der Ansatzpunkt für die Methodik eines eigenen systematischen Lösungsversuchs:

Der bislang entwickelte Begriff der Sozialadäquanz ist ein allgemeines Rechtsprinzip, das auf einer Abwägung zwischen den gegensätzlichen Parteiinteressen beruht⁶⁾. Daraus, daß diese Wertabwägung zugunsten der gerechten Arbeitsbedingungen und zum Nachteil des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. des Rechts am Arbeitsplatz entschieden wird, ergibt sich dann die Zulässigkeit des Streiks, der Aussperrung als letztes Ventil zur Regelung der Arbeitsbedingungen.

Die durch die (interessenabwägende) Sozialadäquanz geschaffene Kampffreiheit ist aber auch stets nur im Rahmen der Sozialordnung. Diese ist ein vielschichtiger

4) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 642 ff; derselbe, Festschrift für Sitzler S. 98 ff.

5) Die vorliegende Untersuchung weicht in der Systematik vom Nipperdeyschen Katalog ab, sie will versuchen die Grenzen der sozialethischen Ordnung von einem anderen Blickpunkt her abzustecken. Dabei wird sie sich an gegebener Stelle mit den Thesen Nipperdeys auseinandersetzen.

6) Vgl. oben § 9, 1.

Begriff, der durch die verschiedenartigen Momente und Faktoren gestaltet und geprägt wird. Der Interessenabwägungsgrundsatz ist nur seine eine Seite, im Arbeitskampfrecht allerdings seine grundlegende Seite, weil allein er die rechtfertigende Wirkung erzeugt. Auf ihn wirken zahllose Rechtssätze formend ein und verleihen ihm eine verfeinerte Gestalt. Sie führen durchwegs, wie noch zu zeigen sein wird, wieder zu einer Beschränkung der Erlaubtheit von Arbeitskämpfen.

Die Orientierung an den gesetzlichen Vorschriften gewährleistet auch eine durchdachte und saubere Systematik. Zugleich aber läßt diese Methode zu, die grundsätzliche Vorrangstellung der gesetzlichen Ordnung gegenüber den allgemeinen sozialethischen Prinzipien hinreichend zu berücksichtigen und aufzuzeigen, wo die Sozialadaquanz in kontinuierlichem Übergang von der - positiven - Gesetzesbestimmung abgelöst wird, wo also an Stelle von jener das Gesetz selbst die Grenzen der Rechtfertigung absteckt. Die Forderung nach der Heranziehung des Gesetzes ergibt sich aus der Notwendigkeit, die Sozialadaquanz, deren Wesen begründet ist in einer so allgemeinen Ordnung wie den geschichtlich überkommenen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft, im Interesse der Rechtssicherheit zurückzudrängen⁷⁾. Das gilt vor allem für diffizile Einzelheiten betreffende Fragen, die ohne Verstoß gegen das in der Gemeinschaft verwurzelte Rechtsgefühl selbst unter Berücksichtigung traditioneller Verhaltensweisen, die oft fehlen, so und anders geregelt werden können. Hier im einzelnen die Grenzen abzustecken, muß sogar, weil die Sozialadaquanz aus sich heraus nichts oder nur unsichere Anhaltspunkte hergibt, ausschließlich die Aufgabe des Gesetzes sein⁸⁾.

Damit ist eine grundlegende Erkenntnis angedeutet: Die Interessenabwägende Sozialadaquanz des Arbeitskampfrechts ist nicht nur ein aus sich selbst heraus gewachsener Begriff, der seinen Inhalt ausschließlich aus seinem Wesen bezieht, wonach er letztes Mittel zur Schaffung des gerechten Ausgleichs zwischen den Sozialpartnern ist, sie ist vielmehr in den Bereichen, wo ihre Grenzen flussig sind, auch von außen her, durch das positive Recht gestaltet und geprägt worden. Die Gesamtheit der genannten Rechtssätze und die dahinterstehenden allgemeinen Ordnungsprinzipien, vornehmlich des Tarifvertragsrechts, des Betriebsverfassungsrechts und des bürgerlichen Rechts, aber auch der Beamtengesetze und des Strafgesetzbuchs sind dabei wesentliche gestaltende Faktoren⁹⁾. Sie torpedieren von außen her die

7) Vgl. oben § 3, 4.

8) Daß sich das Gesetz des Problems in der Tat auch annimmt, zeigt besonders deutlich ein Beispiel aus dem Tarifvertragsrecht: § 49 Abs. 2 S. 2 BetrVG statuiert ein ausdrückliches Verbot von Arbeitskämpfen im betriebsverfassungsrechtlichen Bereich.

9) Davon scheint im Grunde auch Nipperdey auszugehen. Auf S. 639 seines Lehrbuchs führt er aus: "Aus der Duldung des Kampfes einerseits und aus der Bindung an das Recht andererseits ergibt sich, daß nicht jeder Arbeits-

natürlich gewachsene, ungeschlachte Erscheinung der interessenabwägenden Sozialadäquanz, beschneiden sie sinnvoll, indem sie an ihrem äußeren weichgebildeten Rand hie und dort ein Stück des komplexen Gebildes herausbrechen, und geben ihr so eine verfeinerte, kultiviertere Form, so daß sie sich zwangslos in unsere geltende Ordnung einfügt. Allerdings kann dann im Laufe einer langjährigen Entwicklung die äußerlich gewordene Form durchaus auch so sehr in das Wesen eingehen, daß niemand mehr ihren Ursprung erkennt. So ist sie, um in einem anderen Vergleich zu sprechen, ein in der Natur gewachsener Felsen, dessen unförmige Erscheinung erst mit vielen Meißeln bearbeitet werden muß, bis aus ihm endlich ein Baustein herausgebildet ist, mit dessen Hilfe eine bruchige Stelle im Gemäuer eines erhabenen Bauwerks ausgebessert werden kann, ohne daß die Flickstelle erkennbar ist. Nach Jahren vielleicht wird sich schon niemand mehr erinnern, daß der eingesetzte Stein früher einmal ein unbehauener Felsblock gewesen ist.

Eine solche Begrenzung des Interessenabwägungsgrundsatzes von außen her ist möglich, weil die sozialetische Ordnung nicht die unumschränkte Zulassung von Arbeitskämpfen zwingend erheischt. Insbesondere in der heutigen Zeit, die mit den trostlosen Verhältnissen der Arbeiterschaft im aufkommenden Liberalismus nicht mehr vergleichbar ist, duldet die Kampffreiheit tiefgreifendere Beschränkungen. Ihr Kern muß freilich unangetastet bleiben.

3. Die aus dem Interessenabwägungsprinzip als solchem sich ergebenden Grenzen:

Bevor die einzelnen gesetzlichen Vorschriften und die hinter ihnen stehende Ordnung näher ins Auge gefaßt werden, welche das Interessenabwägungsprinzip torpedieren oder auch nur umschwirren, seien kurz die aus diesem selbst sich ergebenden Grenzen aufgezeigt:

a) Das Erfordernis der Regelung der Arbeitsbedingungen als Kampfziel;

Der Arbeitskampf muß, wie heute allgemein anerkannt ist¹⁰⁾, um

kampf nach § 823 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet, " Sozialadäquat kann also ein Arbeitskampf immer nur dann sein, wenn er unter Einhaltung der vom Recht gesetzten Regeln geführt wird.

- 10) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 641; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 96; Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm. 101; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl. 1962), S. 372; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 66; Nikisch, Lehrbuch II, S. 120; Hueck, Festschrift für Herschel, S. 41 ff; derselbe, RdA 1956, 205; Bulla, ArbRBl, Arbeitskampf II E, II Streik, die zum Zeitungsstreik ergange-

die Gestaltung der Arbeitsbedingungen geführt werden.

Herausgewachsen aus der trostlosen wirtschaftlichen Situation des Arbeiterstandes um die Mitte des 19. Jahrhunderts, der in seiner Notlage dem Unternehmertum mit dem Ziele der Verbesserung der sozialen Lage den Kampf ansagte, ist der Arbeitskampf seit seinen Anfängen ein Kampf um die "Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen"¹¹⁾ gewesen¹²⁾. Allein das Interesse an der Erlangung gerechter Arbeitsbedingungen wurde also gegen das absolute Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (bzw. am Arbeitsplatz) abgewogen und für überwiegend befunden, so daß sich aus dem Ergebnis dieser Interessenabwägung auch nur die Zulässigkeit des um die Gestaltung der Arbeitsbedingungen geführten Kampfes ergeben kann.

b) Das Erfordernis des Angriffs auf den sozialen Gegenspieler (Der politische Streik; der Sympathiestreik):

Das Interessenabwägungsprinzip besagt, daß das Interesse an den gerechten Arbeitsbedingungen schwerer wiegt als das ihm gegenüber in die Waagschale geworfene absolute Recht des sozialen Gegenspielers. Es besagt aber auch, daß die Verletzung des minderen Rechts nur zulässig ist, wenn damit die Durchsetzung des höheren erreicht werden kann. Die Aufopferung des minderen muß die Rettung des höheren möglich erscheinen lassen. Wo diese Möglichkeit nicht besteht, ist die Aufopferung eines jeden - auch des geringfügigsten - Gutes sinnlos und nicht mehr gerechtfertigt.

Daraus ergibt sich die zweite von Nipperdey aufgestellte These, wonach der Arbeitskampf gegen den sozialen Gegenspieler gerichtet sein muß, dieser also zum Nachgeben gezwungen werden muß¹³⁾.

nen LAG-Urteile, aaO, u. a. m. Nach BGH v. 27.3.61, BB 1961, 547 f, ist ein Streik der die Umbesetzung eines Organs einer Genossenschaft anstrebt, rechtswidrig, da er nicht die Gestaltung der Arbeitsbedingungen anstrebt.

11) Vgl. § 152 GewO.

12) Vgl. Bernstein, Der Streik, S. 23, wonach schon die ersten Streiks in 99 % der Fälle um die Sicherung der Arbeitsgelegenheit und des Lohnes gingen und sich die Mehrheit der Kämpfe der Gegenwart - man schrieb damals das Jahr 1906 - um drei Punkte drehte: die Lohnfrage, die Frage der Arbeitszeit und die Frage des Arbeitsrechts; ferner ab-Yberg, Die Strikes und ihre Rechtsfolge, S. 16, der ebenfalls festhält, daß die meisten Streiks um die Lohnfrage, Frage der Arbeitszeit und verschiedener Punkte der Fabrikordnung geführt wurden. Vgl. ferner oben § 7.

13) So auch Nikisch Lehrbuch II S. 129, Bobrowski-Gaul Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 372; Bulla, ArbRBl. aaC, Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, 125.

Der Arbeitskampf, dessen Legitimität auf dem Ergebnis einer Interessenabwägung beruht, ist das Mittel, um durch den von ihm ausgehenden wirtschaftlichen Druck den Willen des Kampfgegners zu beugen. Diesem seinem Wesen widerspräche es, billigte man den Streik, die Aussperrung gegen einen Adressaten, der zur Bewilligung der gestellten Forderungen überhaupt nicht veranlaßt werden soll und hiezu auch gar nicht in der Lage wäre, während die Rechte desjenigen, dem das Zugeständnis abgerungen werden soll, allenfalls nur mittelbar berührt werden¹⁴⁾. "Die Aktionen dürfen nicht auf dem Rücken der Rechte Dritter ausgetragen werden"¹⁵⁾.

Deshalb verneinen Lehre und Rechtsprechung fast einhellig die Zulässigkeit des politischen Streiks. Bei der Begründung wird allerdings meist darauf abgehoben, daß der - verbotene - Zweck des politischen Streiks, den Staat und seine Organe unter Druck zu setzen und auf diese Weise die staatliche Willensbildung zu beeinflussen, niemals Eingriffe in private Recht erlauben kann¹⁶⁾.

Anders beim Sympathiestreik, bei der Sympathieaussperrung¹⁷⁾, die

14) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 641, 643; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 96, 99.

15) Nipperdey, Gutachten, S. 45.

16) Für die Unzulässigkeit des politischen Streiks sind Nipperdey, Lehrbuch, S. 643; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 99; derselbe, Gutachten, S. 44; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 375; Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm. 101; Hueck, Festschrift für Herschel, S. 37 ff und die dortigen Nachweise; derselbe bei Forsthoff-Hueck, Gutachten, S. 40; Niese, Streik und Strafrecht, S. 106; Kaiser, Der politische Streik; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 126; Osswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, S. 17 f; Bulla, ArbRB1, Arbeitskampf II E, II Streik; Köst, Arbeitsrecht, S. 208; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 54; Hessel, BB 1951, 87; derselbe, GMH 1954, 438; Grewe, AÖR, 76, 491 ff; Müller, RdA, 1951, 249; Schröder, BB 1953, 1017; Hoeniger, RdA 1953, 209; Dittmar, BB 1948, 516; LAG Kiel v. 12.8.60, BB 1961, 718. Ferner die sämtlichen zum Zeitungsstreik ergangenen Urteile, vgl. oben § 2, Z. 3., Fußnote 28, mit Ausnahme des LAG Berlin, RdA 1954, 76.

Abweichend auch Schmid, GMH 1954, 1 ff; vgl. dazu Abendroth, GMH 1954, 258 ff.

17) Sympathie- oder Solidaritätsarbeitskämpfe sind Arbeitskämpfe, welche die sie verhängende Partei ohne ein unmittelbares eigenes Kampfziel führt und die lediglich der Unterstützung von bereits im (Haupt-) Arbeitskampf stehenden Arbeitnehmern oder Arbeitgebern dienen sollen (vgl. Bulla, Festschrift für Molitor, S. 295). Ihr Charakter als Unterstützungskämpfe macht sie ihrer Natur nach zu akzessorischen Maßnahmen d. h. sie sind vom Bestehen eines Hauptarbeitskampfes abhängig (vgl. Bulla, aaO, S. 297).

ganz allgemein als erlaubt angesehen werden¹⁸⁾. Beide sind zwar insofern mit dem politischen Streik vergleichbar, als sie sich nicht unmittelbar gegen denjenigen richten, der die gestellten Forderungen erfüllen soll; aber Angegriffener ist beim Sympathiekampf im Gegensatz zum politischen Streik doch immerhin eine Partei, die zur Gruppe des sozialen Gegenspielers gehört und deren Mitglieder, wie die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände zeigen, untereinander durch ein bestimmtes Solidaritätsbewußtsein verbunden sind. Dieser Gesichtspunkt kann dann den Sympathiestreik sowie die Sympathieaussperrung sozioethisch noch vertretbar erscheinen lassen¹⁹⁾. Zur Unterstützung der Argumentation sei kurz verwiesen auf die Regelung der Frage des Betriebsrisikos in Fällen, in denen die Betriebsstilllegung nicht durch Streik im eigenen Betrieb, sondern durch einen Streik der Arbeitnehmer eines anderen Betriebs veranlaßt ist und in denen im Anschluß an die reichsarbeitsgerichtliche Sphärentheorie²⁰⁾ das grundsätzlich den Arbeitgeber treffende Betriebsrisiko ausnahmsweise dem Arbeitnehmer angelastet wird. Hier wird der Grundsatz der allgemeinen Solidarität nicht nur als soziologisches Phänomen, sondern auch als ein in bestimmten Grenzen verwertbares Rechtsprinzip angesehen²¹⁾, das durchaus allgemeiner Anwendung fähig ist und folglich auch zur Rechtfertigung des Sympathiestreiks herangezogen werden kann²²⁾. In übrigen erscheint es ange-

18) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 644; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 100; derselbe, Gutachten, S. 42; Nikisch, Lehrbuch II, S. 130; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 374; Köst, Arbeitsrecht, S. 208; Osswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, S. 16 f.; Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 100; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 323; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 57 f.; RGZ 54, 259; 86, 152; 132, 249; ARS 7, 573; 13, 574; Lowisch, RdA 1962 314 ff.; Bulla, ArbRB1, Arbeitskampf II E, II Streik, u. a. m. Nach Rütters, BB 1964, 312, richten sich die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Sympathiekampfes nach diesem und nicht nach dem Hauptkampf. Da der Sympathiekampf nicht gegen den sozialen Gegenspieler geführt werde, gegen den sich aus dem kollektiven Arbeitsrecht ergebenden Grundsatz der Einhaltung der Tarifgrenzen (sachliche und räumliche Geltungsschranken der tariflichen Regelung) verstoße, das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit zwischen Mittel und Zweck nicht einhalte und schließlich nicht "ultima ratio" sei, fehlten ihm die wesentlichen Voraussetzungen der Sozialadäquanz. Vgl. auch Brox-Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 127.

19) Bedenken gegen die Zulässigkeit des Sympathiestreiks äußert Hoeniger, RdA 1953, 208 f. Gegen den Sympathiekampf Rütters BB 1964, 312 ff.; Brox-Rütters, aaO.

20) Vgl. ARS 3, 116.

21) Vgl. BAG v. 25. 7. 57, AP, § 615 BGB - Betriebsrisiko - Nr. 3, Bl. 621.

22) Nipperdey, Lehrbuch, S. 644 f. und Festschrift für Sitzler, S. 100, sowie Oss-

bracht, mit Schippel²³⁾ die Zulässigkeit des Sympathiestreiks aus der geschichtlichen Entwicklung zu folgern und diesen dann mehr aus historisch-faktischen als aus rechtlichen Überlegungen anzuerkennen; eine Begründung, in der die normative Kraft des Faktischen deutlich anklingt.

Aus dieser grundsätzlichen Anerkennung des Solidaritätsarbeitskampfes ist jedoch über die Zulässigkeit der einzelnen Maßnahme noch nichts gesagt.

Aus der Akzessorietät des Sympathiekampfes folgt, daß er in seiner Dauer durch den Hauptarbeitskampf bestimmt ist; er ist als Sympathiekampfmaßnahme nur solange zulässig, wie der unterstützte Streik, die unterstützte Aussperrung andauern²⁴⁾.

Aus der Akzessorietät ergibt sich ferner, daß ein Sympathiearbeitskampf nur solange als rechtmäßig anzusehen ist, als es der Hauptarbeitskampf ist²⁵⁾. Das Recht kann unmöglich die Unterstützung einer rechtswidrigen Handlung als erlaubt ansehen.

Von Bulla²⁶⁾ ist neuerdings das Problem aufgeworfen worden, ob aus der Rechtmäßigkeit des (fortdauernden) Hauptarbeitskampfes ohne weiteres auch auf die Zulässigkeit des unterstützenden Hilfsarbeitskampfes geschlossen werden kann oder ob seine Rechtmäßigkeit von weiteren Erfordernissen abhängig ist. Er hat die Frage im letzteren Sinn entschieden; Eine Einbeziehung von am Hauptarbeitskampf unbeteiligten Dritten erscheine nur angängig, wenn diese entweder zu den Gegnern des Hauptarbeitskampfes in rechtlicher oder tatsächlicher Beziehung stehen, die

wald. Der Streik und die ihn durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, S. 17, glauben, den Sympathiestreik und die Sympathieaussperrung mit dem Hinweis rechtfertigen zu können, daß die Betroffenen vielfach die Möglichkeit hatten auf ihre Gesinnungsgenossen im Sinne der Bewilligung der gestellten Forderungen einzuwirken. Nikisch, Lehrbuch II, S. 130, meint, Sympathiestreik und Sympathieaussperrung seien zulässig, weil die Interessen der solidarischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer so eng miteinander verflochten seien, daß die Unterstützung eines fremden Arbeitskampfes regelmäßig auch den eigenen Interessen diene. Das RG hat in RGZ 132, 254, betreffend auf den Unterstützungszweck abgestellt: "Die Zulässigkeit eines solchen (scil. Sympathiestreiks) läßt sich vom rechtlichen, sittlichen und sozialpolitischen Standpunkt aus nur durch den Unterstützungszweck, d. h. aus dem Willen und der Absicht der Streikenden rechtfertigen, durch den Streik die Arbeitnehmerschaft fremder Betriebe in der Erreichung ihrer berechtigten wirtschaftlichen Ziele zu unterstützen" (Hervorhebungen vom Verfasser).

23) Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 100.

24) Vgl. Bulla, Festschrift für Molitor, S. 297.

25) Vgl. Bulla, aaO, S. 299; Rütters, BB 1964, 314.

26) Vgl. Bulla, aaO, S. 299 ff.

sie am Ereignis des Hauptarbeitskampfes wenigstens mittelbar interessiert erscheinen läßt²⁷⁾, oder wenn ihre Stellung zu dem primär angegriffenen oder abwehrweise am Arbeitskampf beteiligten Sozialpartner dergestalt ist, daß sie auf diesen im Sinne einer Kampfbeilegung einzuwirken in der Lage sind²⁸⁾. Wegen der daraus im einzelnen abgeleiteten Thesen muß auf die Abhandlung Bullas²⁹⁾ verwiesen werden.

Das oben angedeutete Ergebnis verdient uneingeschränkte Zustimmung. Ein Arbeitskampf, der seiner Natur nach stets schädigende Handlung ist, kann nicht zulässig sein, wenn durch ihn ein Gegner getroffen wird, der dem Hauptarbeitskampf völlig teilnahmslos gegenübersteht und der auf das Geschehen des Hauptarbeitskampfes auch keinerlei Einfluß nehmen kann. Arbeitskämpfe dürfen nicht auf dem Rücken unbeteiligter Dritter ausgetragen werden³⁰⁾.

c) Das Erfordernis der ultima ratio:

Daß der Arbeitskampf ultima ratio sein muß, ist heute die herrschende Lehre³¹⁾.

Dieses Erfordernis ergibt sich aus dogmatischen Überlegungen, die mit dem Interes-

27) Hiergegen - wegen ungenügender Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Begriffs "mittelbares Interesse" - Rüthers, BB 1964, 312.

28) Gegen das zu "vage Erfordernis" einer realen Einwirkungsmöglichkeit Rüthers, aaO.

29) Vgl. Bulla, aaO, S. 300 ff.

30) Vgl. oben im Text bei Fußnote 15).

31) Vgl. Hueck-Nipperdey, S. 642 und 647 ff; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 98 und 103 f; derselbe, Gutachten, S. 42; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 373; Brox-Ruthers, Arbeitskampfrecht, S. 141; Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm. 105; Köst, Arbeitsrecht, S. 209; Bulla, ArbRBl, Arbeitskampf II E, II Streik; Mohnen bei Staudinger, BGB (11. Aufl.), § 611, Vorbem. 325; Niese, Streik und Strafrecht, S. 73; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 66; Hohenester, Die Grenzen der Streikfreiheit, S. 42; Osswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, S. 33; Doerk, Der Streik als unerlaubte Handlung im Sinne von § 826 BGB, S. 75 f; Schroder BB 1953 1016, u. a. m. BAG v. 20.12.63, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 34. Selbst der Deutsche Gewerkschaftsbund bezeichnet in seinen Richtlinien zur Führung von Arbeitskämpfen vom Oktober 1949 den Streik als das letzte gewerkschaftliche Mittel vgl. RdA 1950, 71, § 1, 2. A. A. Nikisch, Lehrbuch II, S. 121 ff; Böttcher, BB 1957, 622; Ramm BB 1961, 168. derselbe, Kampfmaßnahme und Friedenspflicht im deutschen Recht, S. 122 ff.

senabwägungsprinzip zusammenhängen und sich auf eine rechtliche Parallelscheinung im Bereiche des Strafrechts stützen. Die interessensabwägende Sozialadäquanz ist, weil zwei von der Rechtsordnung anerkannte Güter zueinander in Widerspruch geraten, ein Fall der Güterkollision. Kann hier das eine nur auf Kosten des anderen erhalten werden, so ist es nicht rechtswidrig, das höherwertige auf Kosten des geringerwertigen zu wahren³²⁾. Aber die Nothandlung muß das einzige Hilfsmittel darstellen, muß nach pflichtgemäßer Prüfung ultima ratio sein, um das höherwertige Gut zu erhalten³³⁾. Sobald noch eine andere Möglichkeit besteht, ist der Eingriff nicht gerechtfertigt³⁴⁾; denn wesensmäßig wird das Problem der Interessenabwägung nur da aktuell, wo allein ein Entweder-Oder in Frage steht. Freilich darf man hierbei die Anforderungen nicht überspannen. Wo, wie bei der Schwangerschaftsunterbrechung, Leben gegen (werdendes) Leben steht, ist selbstverständlich ein anderer Maßstab anzuwenden, als in einem Fall, wo lediglich die Realisierung eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe einer Abtreibungsspritze³⁵⁾ vereitelt wird. Bei Arbeitskämpfen, wo die entstehenden Schäden große Dimensionen annehmen können, ist ein strenger Maßstab an das Erfordernis der ultima ratio anzulegen³⁶⁾. Sie sind nur dann zulässig, wenn anders sich nach sorgfältigsten Überlegungen der erforderliche Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der beiden Sozialpartner nicht vollziehen kann; insbesondere müssen vorher sämtliche in Betracht kommenden Verhandlungsmöglichkeiten vollständig ausgeschöpft sein. Erst in dieser Situation wird die Hintanstellung fremder Interessen nach den eigenen aus unausweichlich angesehen, und nur daraus erklärt sich die ethische und die darauf gründende rechtliche Rechtfertigung. Diese Strenge darf allerdings nicht so weit führen, daß der Kampf auch noch überall da als unerlaubte Handlung angesehen wird, wo die Weiterführung von Verhandlungen oder die Anrufung einer Schiedsstelle³⁷⁾ deshalb nicht mehr erfolgt, weil sie auf Grund

32) Vgl. RGSt 61, 242; 62, 137 ff; BGH NJW 1951, 769, Schwarz, Strafgesetzbuch, vor § 51, Anm. 2 B b; Schönke, Strafgesetzbuch (9. Aufl., 1959), vor § 51, Anm. III 9.

33) Vgl. RGSt 61, 254; 77, 113; BGH NJW 1951, 770.

34) Vgl. BGHSt 3, 9.

35) Vgl. RGSt 56, 168.

36) Das hat das RAG (ARS 2, 222) für den Boykott besonders klar ausgesprochen: "Sie (scil. die Rechtsordnung) legt aber wegen der Schwere der wirtschaftlichen Nachteile für den vom Boykott Betroffenen jedem, der einen solchen verhängt, die sittliche Pflicht auf sorgfältig abzuwägen ob der gegebene Tatbestand auch wirklich zur Anwendung dieses letzten und schärfsten Kampfmittels zwingt oder ob das mit ihm erstrebte Ziel nicht auf andere und einfachere Weise zu erreichen sei."

37) Besteht die tarifliche Verpflichtung zur Anrufung einer Schiedsstelle so ist ein vor der Inanspruchnahme des Schiedsgerichts begonnener Arbeitskampf

des Streitstandes unzumutbar wäre, vor allem weil sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg mehr verspricht. In dieser Form haben selbst die Gewerkschaften das Gebot der ultima ratio anerkannt, wenn sie auch im Einzelfall - und insofern sind die Einwände Nikischs³⁸⁾ gegen das Erfordernis der ultima ratio nicht unberechtigt - bei der Auslegung des Begriffs der Unzumutbarkeit sehr weit gegangen sein mögen.

Daß der Arbeitskampf rechtswidrig ist, wenn das erstrebte Ziel auf dem Rechtsweg erreicht werden kann, ist uneingeschränkt richtig³⁹⁾. Für Selbsthilfe ist kein Raum, wo das Recht Institutionen zur Geltendmachung und Durchsetzung der gestellten Forderungen zur Verfügung hält.

4. Die durch das Betriebsverfassungsrecht gesetzten Grenzen:

Im übrigen werden die Grenzen der Sozialadäquanz von außen her durch das positive Recht abgesteckt. Eine davon ist die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung.

Nach § 49 II S. 2 BetrVG sind der bereits beispielsweise erwähnte Arbeitskampf zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat und, wie sich aus dem Sinnzusammenhang der Vorschrift ergibt, jeglicher Kampf um die Gestaltung der betrieblichen Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarungen sozialinadäquat⁴⁰⁾. Das ergibt sich vor allem aus dem Zweck der Bestimmung, die eine Schutzbestimmung zugunsten der in § 823 BGB geschützten Rechte ist⁴¹⁾ und deshalb insoweit die Kampffreiheit be-

zwar vertragswidrig, aber nicht notwendig sozialinadäquat; vgl. BAG, Urteil v. 31.10.58, AP, § 1 TVG - Friedenspflicht - Nr. 2.

38) Vgl. Nikisch, Lehrbuch II, S. 122, 90.

39) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 647 f; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 104 f; Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm. 106; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 68; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 139; Dietz, Festschrift für Herschel, S. 52 f; LAG Hamm v. 7. 6. 55, WA 1956, 1 = Betr. 1955, 691 = BB 1955, 605 = ArbG 1955, 552 = NJW 1955, 1416 = ARSt XV Z. 324 = SAE 1956, 15, mit zustimmender Anmerkung von Siebert, S. 20.
A. A. Ramm BB 1961, 1170.

40) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 650 ff; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 107 f; Nikisch, Lehrbuch II, S. 125 f; Dietz, BetrVG, § 49, Anm. 13; Bulla, RdA 1962, 385 ff; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 97 ff, u. a. m.

41) Vgl. Dietz, BetrVG, § 49, Anm. 17; Erdmann, Das Betriebsverfassungsgesetz, § 49, Anm. 6; Meissinger, BetrVG, § 49, Anm. 11, u. a. m.

schneidet. § 55 II S. 2 PersVG enthält für das Personalvertretungsrecht die entsprechende Regelung.

5. Die durch Amtspflichten gesetzten Grenzen:

Der gegen Amtspflichten verstoßende Arbeitskampf ist einer doppelten Betrachtungsweise unterworfen:

Der Beamte kann durch den Streik eine ihm Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzen, zumal da ihm die amtliche Fürsorgepflicht obliegt, bei der - selbst unterlassungsweise vorgenommenen - Ausübung hoheitlicher Befugnisse, nicht in den Bereich eines Unbeteiligten einzugreifen⁴²⁾. Der Beamte begeht dann dem geschützten Personenkreis gegenüber eine unerlaubte Handlung und haftet nach § 839 BGB. Diese lediglich relativ wirkende Rechtswidrigkeit hat jedoch auf die Beurteilung des Innenverhältnisses zwischen Staat und Beamten keinerlei Einfluß, so daß ein Beamtenstreik allein wegen Verletzung der Dritten gegenüber bestehenden Amtspflicht nicht Schadensersatzansprüche des Staates begründen kann. Das ergibt sich aus dem insbesondere von Nipperdey so sehr in den Vordergrund gestellten Prinzip über den Rechtswidrigkeitszusammenhang⁴³⁾.

Das Streikverbot ist vielmehr in der beamtenrechtlichen Ordnung begründet; es liegt in dem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis, in dem der Beamte zum Staate steht und das nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 32 V GG) dem Arbeitskampf nicht unterliegen kann⁴⁴⁾. Einige Beamtengesetze z. B. das Bayerische Beamtengesetz in Art. 22 II⁴⁵⁾, enthalten für Beamte sogar ein ausdrückliches Streikverbot. Selbst der Regierungsentwurf zum Bundesbeamtengesetz hatte eine entsprechende Vorschrift vorgesehen⁴⁶⁾. Diese Bestimmung ist dann aber zu Recht als überflüssig wieder gestrichen worden

42) Vgl. statt aller Palandt, § 839, Anm. 4 und 5.

43) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 656; derselbe, Gutachten, S. 27 ff m. w. Nachw. Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (14. Aufl., 1960), S. 1275.

44) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 629; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 81. Bochall, Bundesbeamtengesetz, § 91, Anm. 2. Plog-Wiedow, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, § 91, Anm. 1; Bulla, ArbRBf, Arbeitskampf II E, Streik II; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 67, u. a. m.; vgl. auch Jahn, Reichsgericht und Koalitionsrecht, S. 51 f; RGZ 56, 412 ff und 419 ff.

45) Art. 22 II BayerBeamtGes lautet: "Den Beamten steht kein Streikrecht gegen die verfassungsmäßige Staatsgewalt zu."

46) Sie lautete: "Dienstverweigerung oder Arbeitsniederlegung, auch zum Zwecke der Wahrung oder Förderung der Arbeitsbedingungen sind unzulässig." Vgl. Fitting-Heyer, Personalvertretungsgesetz, § 55, Anm. 16.

da das Streikverbot der beamtenrechtlichen Ordnung seit jeher immanent ist; die soziale Frage, wie sie beim Arbeiterstand eine Rolle gespielt hat, ist hier auch niemals aufgetreten.

6. Die durch Verbandsrecht gesetzten Grenzen:

Der von organisierten Arbeitnehmern und Arbeitgebern geführte Arbeitskampf kann gegen die verbandsrechtliche Ordnung, insbesondere gegen die Verbandssatzung verstoßen und daher die Verbandspflichten verletzen, welche den Mitgliedern dem Verband gegenüber obliegen. Die Rechtsfolgen eines derartigen, verbandswidrigen Arbeitskampfes berühren jedoch auch nur das Innenverhältnis⁴⁷⁾; denn ein Verein kann mit seiner Satzung objektive Regeln für die Rechtsbeziehungen nur innerhalb des Vereins aufstellen⁴⁸⁾; soll die Verbandsautonomie Dritten gegenüber wirken, so muß sie durch Vertrag begründet werden⁴⁹⁾. Diese allgemein für Vereine geltenden Grundsätze sind auch für die Tarifverbände anwendbar. Es ist zwar zuzugestehen, daß die Verbandsregeln tariffähiger Organisationen, die beim Abschluß eines Tarifvertrages objektives Recht zu schaffen in der Lage sind, eine für das Rechtsleben wesentlich größere Bedeutung haben wie z. B. die Satzung eines Geselligkeitsvereins, der mit keiner Rechtssetzungsmacht nach außen ausgestattet ist. Doch rechtfertigt die gesetzlich statuierte Tarifautonomie, von der die Verbandsautonomie streng getrennt zu sehen ist, nicht auch eine dogmatisch unterschiedliche Behandlung zweier im Wesen gleichgearteter Tatbestände.

Davon ausgehend hebt auch jede Satzung nur darauf ab, das Verhalten der Vereinsmitglieder zum Verein zu regeln, ohne Ansprüche auf Außenwirkung zu erheben. Wo aber dies der Verband selbst gar nicht will, ist es unter Achtung seiner Autonomie auch nicht möglich, eine interne Regel zur absolut wirkenden Norm zu erheben. Welche praktischen Folgen im übrigen mit der Anerkennung einer Außenwirkung von Satzungen tariffähiger Verbände verknüpft wären, hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 4. 5. 1955⁵⁰⁾ angedeutet: Ein Arbeitgeberverband, der seinen Mitgliedern satzungsmäßig verbietet, einen Firmentarif abzuschließen, könnte - wenn die interne Verbandsregel externe Wirkung haben

47) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 630, derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 83; Nikisch, Lehrbuch II, S. 48; Köst, Arbeitsrecht, S. 210; Hessel, BB 1955, 1029; Bulla, ArbRBf, Arbeitskampf II E. II Streik; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 178.

48) Vgl. statt aller Staudinger (11. Aufl., 1957), Vorbem. vor § 21, Anm. 5 g.

49) Vgl. Staudinger, aaO, Anm. 5 h; RG JW 1939, 1338.

50) AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 2.

könnte - jeden Streik der Arbeitnehmerschaft um einen solchen Tarif wegen Unerlaubtheit des Zieles unterbinden; er hätte es in der Hand, über die Zulässigkeit eines vom Kampfgegner geführten Streiks in einer Satzungsbestimmung zu entscheiden, ein Ergebnis, das dem Sinn jeglicher Streikfreiheit Hohn spräche⁵¹⁾. Die allgemeine Kampffreiheit kann sohin durch die nur im Verhältnis zu den Mitgliedern wirkende Verbandswidrigkeit nicht getroffen werden.

7. Die durch die tarifliche Ordnung gesetzten Grenzen:

Schwieriger ist es zu entscheiden, welche Grenzen die Ordnung des Tarifvertragsrechts den Arbeitskämpfen zu setzen vermag:

a) Der tarifwidrige Arbeitskampf:

Nach einer in Literatur und Rechtsprechung verbreiteten Meinung, die in dem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 28.1.1955 ihre autoritative Stütze sucht⁵²⁾, ist der tarifwidrige Arbeitskampf sozialinadäquat⁵³⁾. Grundgedanke der meist ohne nähere Begründung aufgestellten These ist es, daß der Verstoß gegen eine vertragliche Pflicht der Sozialpartner zu einem bestimmten tarifweisen Verhalten zugleich ein Verstoß gegen das Ordnungsgefüge des Tarifvertrages und seine Friedensfunktion und damit gerade nicht sozialgemäß ist. Der Satz mag

51) Vgl. auch Hessel, BB 1955, S. 1029.

52) AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf Nr. 1 -: Das BAG stellt unter Ziff. I 3 des vorzitierten Beschlusses fest, "daß nur der gegen die ArbGeb gerichtete Streik um die tarifl. Regelung der ArbBedingungen zu untersuchen ist (Gegensatz: z. B. der sog. politische Streik . . .), der weder tarifwidrig (Bruch der tarifl. Friedenspflicht) noch nach seinen Mitteln oder seinen Zielen oder der Unverhältnismäßigkeit von Mittel und Ziel sozialinadäquat (Eingriff in die Gewerbebetriebe der ArbGeb. , nach § 823 Abs. 1 BGB). noch sittenwidrig (§ 826) ist. Man hat diesen Streik um die ArbBedingungen" - so heißt es weiter - "mit Recht als sozialadäquaten Streik bezeichnet . . ." Daraus hat man den Schluß gezogen, daß nur der Streik als sozialadäquat angesehen wird, der nach allen Richtungen rechtlich einwandfrei ist.

53) Vgl. Dietz, Festschrift für Herschel, S. 47 f; derselbe, SAE 1956, 14; Mendo, ArbU 1955 317; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, (2. Aufl.), S. 28 f, 111 f, (3. Aufl.), S. 67; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 133; Siebert, SAE 1956, 19; wohl auch Bulla, ArbRBl, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 10, Anm. 5; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 376; ferner LAG Hamm v. 7. 6. 55, SAE 56, 15 f (16); LAG Hannover v. 2. 5. 57, BB 1957 677.

durchaus etwas Verfängliches an sich haben, aber er stellt den rechtlichen Zusammenhang zwischen Tarifrecht und deliktischem Arbeitskampfrecht nicht her. Es ist zwar richtig, daß der Vertragsbrecher, der gegen die Rechtsordnung verstößt, nicht sozialgemäß im allgemeinen Sinne des Wortes handelt, doch ist damit wenig überzeugend dargetan, daß diese soziale Unangemessenheit, die nur im Vertragsbruch wurzelt, den besonderen arbeitskampfrechtlichen und deliktisch orientierten Begriff der Sozialadäquanz inhaltlich mitzubestimmen vermag. Eine bloße Interpretation des doch sehr viel und eigentlich nichts besagenden Wortes "sozialangemessen" gibt hier keine befriedigende, stichhaltig begründete Lösung. Zu einem sichereren Ergebnis vermag hier nur die positivistische Methode zu verhelfen, die das gesetzte Recht zum Anknüpfungspunkt nimmt.

Grundsätzlich ist durch die Sozialadäquanz jeder um die Regelung der Arbeitsbedingungen geführte Arbeitskampf im echten Sinne des Wortes gerechtfertigt; weil die Interessen der Kampfparteien an der Erlangung gerechter Arbeitsbedingungen höher wiegen als das Recht am Unternehmen, am Arbeitsplatz, wird die Widerrechtlichkeit des nach § 823 BGB tatbestandsmäßigen Eingriffs beseitigt. Soll das Ergebnis nun anders ausfallen, wenn die Einhaltung des Arbeitsfriedens vertraglich sanktioniert ist? Es kann es sicherlich nicht, wo die Vertragspartner und die Kampfgegner nicht identisch sind. Man denke etwa an den Fall, daß eine Gewerkschaft sich einem Dritten gegenüber vertraglich verpflichtet hat, einen bestimmten Unternehmer nicht zu bestreiken, ohne daß dieser eigene Rechte aus dem Vertrag erwirbt. Denn das vertragliche, nur inter partes wirkende Band hat es nicht im Auge, absolute Rechte absolut, also auch anderen als dem Vertragspartner gegenüber zu schützen. Die Parallele zum verbandswidrigen Arbeitskampf ist hier deutlich sichtbar. So ist es rechtlich konstruktiv gar nicht möglich, daß eine nur im Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien vorhandene Bindung zu einer jedermann gegenüber wirkenden Beschneidung der Sozialadäquanz führt. Dasselbe muß mutatis mutandis aber auch gelten, wenn zwischen den Kampfparteien ein Tarifvertrag besteht. Auch die daraus resultierende Friedenspflicht will die Sozialadäquanz des Deliktsrechts nicht treffen. Die Friedenspflicht bezweckt nicht den Schutz des absoluten Rechts und seines Inhabers, sondern schützt nur den sozialen Gegenspieler als Vertragspartner. Der bloße Zufall, daß die beiden Kampfpartner mit Friedensverpflichtetem bzw. Friedensberechtigtem jeweils in einer Person zusammenfallen, vermag, auch wenn der Verstoß gegen die Friedenspflicht noch so schwerwiegend ist, keinen Einfluß auf die Beurteilung des Widerrechtlichkeitsproblems bei § 823 BGB zu äußern. Man könnte nun einwenden, der Arbeitgeber beispielsweise habe bei bestehender Friedenspflicht mit einem Kampf nicht mehr zu rechnen brauchen, und, weil darauf nicht eingerichtet, sei die Schädigung seines Gewerbebetriebes sozialinadäquat. Aber genauso wenig brauchte er doch im Vertrauen auf den Grundsatz der Vertragstreue damit zu rechnen, daß der Kampfgegner eine mit einem Dritten eingegangene vertragliche Verpflichtung, um die er

weiß, nicht einhalten werde. Die Wahrheit ist vielmehr, daß ein vertragliches Band nur dem Vertragspartner gegenüber Rechte und Pflichten erzeugen kann - und deshalb braucht der Kampfpartner mit einem Kampf nicht zu rechnen - oder, in concreto gesprochen, daß ein Tarifvertrag nur im Bereich des Vertragsrechts die Kampffreiheit zu begrenzen vermag. Die soziale Adäquanz im Sinne von § 823 BGB engt er nicht ein⁵⁴⁾.

Nipperdey leitet dieses Ergebnis aus Punkt 4. seines Kataloges ab, wonach der Arbeitskampf ein kollektivrechtliches Ziel verfolgen müsse. Weil diese Voraussetzung beim Kampf um den Abschluß eines Tarifvertrages stets erfüllt ist, sei dieser sozialadäquat, und zwar auch dann, wenn er in einen unter den Tarifvertragsparteien bestehenden Tarifvertrag eingreift und daher gegen die relative Friedenspflicht verstößt⁵⁵⁾. "In diesem Fall handelt es sich" - so wird argumentiert⁵⁶⁾ - "zunächst nur um die Verletzung obligatorischer Rechte aus Vertrag, um Vertragsverletzung. Diese Rechte gehören ... nicht zu den 'sonstigen Rechten' im Sinne von § 823 I BGB, so daß es bei der Friedenspflichtverletzung schon am Tatbestand des § 823 I BGB fehlt." Das ist in dieser Form nicht richtig. Ein tarifwidriger Arbeitskampf verletzt zunächst nicht nur die obligatorischen Vertragsrechte, er ist immer und gleichzeitig ein Eingriff in das absolute Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder in das Recht am Arbeitsplatz und damit tatbestandsmäßig auch unerlaubte Handlung. Verstößt schon der nicht tarifwidrige Kampf gegen den Tatbestand des § 823 I BGB, so gilt dies für den tarifwidrigen zumindest in gleicher Weise. Die eigentlich problematische Frage, ob nämlich ein tarifwidriger Arbeitskampf allein wegen dieser seiner Tarifwidrigkeit sozialinadäquat wird und - gegen den Tatbestand des § 823 BGB verstößend - rechtswidrig, ungerechtfertigt bleibt, ist also nicht im geringsten beantwortet, und Nipperdey hat den Vertretern derjenigen Lehre, welche den tarifwidrigen Streik unter Berufung auf den Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 28.1.1955 als sozialinadäquat ansehen, ihren großen Trumpf, die - scheinbar - ihre These stützende höchstrichterliche Entscheidung, nicht aus der Hand gespielt⁵⁷⁾. Wenn Nipperdey im Ergebnis trotzdem Recht behält, so nur deshalb,

54) So auch Nipperdey, Lehrbuch, S. 645, insbes. Fußnote 51; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 101, insbes. Fußnote 63; Hueck, RdA 1956, 201 ff (204 f); Bötticher, BB 1957, 621; Nikisch, Lehrbuch II, S. 121 und 132, Fußnote 105; Bräutigam, Der arbeitsrechtliche Kampfstreik als Eingriff in das Recht am Unternehmen, S. 53; Ziskoven, Die Bedeutung des § 826 BGB für das Arbeitsrecht, S. 41 ff; Köst, Arbeitsrecht, S. 205.

55) Nipperdey, Lehrbuch II, S. 645, insbes. Fußnote 51; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 101, insbes. Fußnote 63.

56) aaO.

57) Vgl. dazu oben § 10, 7 a), am Anfang.

weil die Vertragswidrigkeit die Sozialadäquanz bei § 823 BGB nicht zu beschneiden vermag.

b) Der nicht um ein kollektivrechtlich zulässiges Ziel geführte Arbeitskampf:

Ein Arbeitskampf, der um Arbeitsbedingungen geführt wird, die in einem Kollektivvertrag nicht vereinbart werden können, ist sozialinadäquat⁵⁸⁾. Den entscheidenden Gesichtspunkt dafür liefert wohl das Tarifrecht in Verbindung mit der neuen Auffassung des Arbeitskampfes als eines zweiseitigen Kollektivaktes. Nach der bis in jüngste Zeit als herrschend geltenden Meinung waren Streik und Aussperrung auch unter individualrechtlichem Aspekt gesehen worden; sie mußten mit den Pflichten aus dem Arbeitsvertrag in Einklang gebracht werden⁵⁹⁾. Streik war deshalb zugleich auch die Summe von Handlungen einzelner; die Aussperrung erfolgte in Form einer Massenanderungskündigung⁶⁰⁾. Nach heutiger Ansicht ist der Arbeitskampf ausschließlich Kollektivmaßnahme und als solche wesentlich verschieden vom Handeln des einzelnen; er ist nur Handeln des Kollektivs. Daraus ergibt sich, daß die streikende Gruppe bei der Verfolgung ihrer (eigenen) Interessen (beim Sympathiearbeitskampf; der Interessen desjenigen Kollektivs, mit dem sie sympathisiert) nicht mehr die Regelung einer Summe von Einzelarbeitsverträgen im Auge haben kann, sondern nur eine für alle einheitlich geltende Gesamtregelung, den Tarifvertrag⁶¹⁾. Die Gruppe streikt nicht, um jedem einzelnen seiner Mitglieder günstigere Arbeitsbedingungen zu verschaffen, sondern um für das gesamte Kollektiv geltende günstigere Arbeitsbedingungen zu erzielen. Aus dem Handeln des Kollektivs ergibt sich also, daß dieses bei der Verfolgung seiner Interessen nur ein kollektivrechtliches Ziel, eine tarifliche Regelung anstreben kann. Ist das Kampfziel der Abschluß eines Tarifvertrages, so ist dann allerdings die konkrete Art der Streiterledigung gleichgültig, und der Arbeitskampf kann im Einzelfall sehr wohl auch durch individualrechtliche Vereinbarungen beendet werden⁶²⁾; denn es kommt bei der Zulässigkeit des Arbeitskampfes nicht auf den Erfolg an⁶³⁾.

58) Nipperdey, Lehrbuch, S. 642, 645 ff; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 97, 101 ff; die gleiche Ansicht wie Nipperdey vertreten Hoeniger, RdA 1953, 206; derselbe, BB 1955, 40; Berteles, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, S. 63; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 132 f; Bulla, ArbRB1, Arbeitskampf II E, II Streik; BGH v. 27.3.61, BB 1961, 547 f.

59) Vgl. Nikisch, Lehrbuch II, S. 156; wegen der näheren Einzelheiten vgl. unten § 11, 2.

60) Vgl. Berteles, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, S. 69.

61) Vgl. auch Dietz, Festschrift für Herschel, S. 47 f und Siebert, SAE 1956, 19. A. A. Nikisch, Lehrbuch II, S. 120; Hueck, RdA 1956, 205; derselbe, Festschrift für Herschel, S. 42.

62) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 642, Fußnote 39.

63) Sogar der völlig erfolglose Arbeitskampf kann sozialadäquat sein.

Das Erfordernis der potentiell kollektivrechtlichen Regelung setzt voraus, daß das Kampfziel auch Inhalt eines Tarifvertrages sein kann. Nicht sozialadäquat ist daher ein Arbeitskampf um einen Tarifvertrag, der Arbeitsbedingungen enthalten soll, die in einem Tarifvertrag nicht vereinbart werden können, weil sie seinem Wesen widersprechen⁶⁴⁾. Die durch die tarifliche Ordnung statuierte Unerlaubtheit des Kampfziels bringt notwendig die Unerlaubtheit des um ein solches Ziel geführten Arbeitskampfes mit sich; denn ein Kampf um eine rechtlich unmögliche Regelung der Arbeitsbedingungen ist sinnlos.

Da der mögliche Inhalt eines Tarifvertrages in § 1 TVG gesetzlich festgelegt ist, ergibt diese Vorschrift zugleich eine Schranke der Sozialadäquanz.

c) Insbesondere der um übertarifliche Arbeitsbedingungen geführte Arbeitskampf:

Müssen der Streik, die Aussperrung ein kollektivrechtliches Ziel haben, so dürfen sie mit Nipperdey⁶⁵⁾ auch nicht um übertarifliche Arbeitsbedingungen, namentlich nicht um übertarifliche Löhne, geführt werden. Denn das Arbeitskampfverbot im übertariflichen Raum ist darauf gestützt, daß übertarifliche Arbeitsbedingungen nicht tariflich geregelt werden können und deshalb aufgebaut auf der Ansicht, daß der Kampf ein kollektivrechtliches Ziel verfolgen müsse. Entgegen Nikisch und Siebert⁶⁶⁾ ist daher ein Streik um übertarifliche Löhne während der Laufzeit eines Lohntarifvertrages nicht nur tarifwidrig, sondern auch sozialinadäquat.

d) Der Wilde Streik:

Bis in die jüngste Zeit galt der wilde Streik allgemein als erlaubt⁶⁷⁾.

64) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 650; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 107; Nikisch, Lehrbuch II, S. 125; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 376; Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm. 109; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf (3. Aufl.), S. 66; Mendigo, ArbuR 1955, 317; Hessel, BB 1955, 1028; Dietz, SAE 1956, 14 f; BAG, Urteil v. 4.5.55, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 2.

65) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 646 f; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 102 f. Wie Nipperdey auch Hessel, ArbuR 1958, 47 f; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf (3. Aufl.), S. 67; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 133.

66) Nikisch, Lehrbuch II, S. 121; Siebert, SAE 1956, 20. Für die Zulässigkeit des Streiks zur Abwehr gegen eine Herabsetzung übertariflicher Löhne auch ARS 12, 165; 15, 121; 17, 191, 199; Hueck, RdA 1956, 205; Bovensiepen, ArbuR 1957, 193 ff; wohl auch Köst, Arbeitsrecht, S. 209.

67) Vgl. Nikisch, Lehrbuch II, S. 120; derselbe, Gutachten, S. 6; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf (2. Aufl.), S. 28; Niese, Streik und Strafrecht, S. 42;

Doch seit dem Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955⁶⁸⁾ und dem BAG-Urteil vom 4.5.1955⁶⁹⁾, die in ihrer Gesamtkonzeption darauf abgestellt sind, daß ein Streik als kollektivrechtliche Kampfmaßnahme nur von einer Gewerkschaft geführt werden dürfe⁷⁰⁾, zeichnete sich eine Wendung in den Auffassungen ab. So hatte sich die Lehre von der sozialen Inadäquanz des wilden Streiks schon als die herrschende durchsetzen können⁷¹⁾, ehe das BAG Gelegenheit hatte, zu dem nichtgewerkschaftlichen Streik ausdrücklich Stellung zu nehmen. In seinem Erkenntnis vom 20.12.1963⁷²⁾ spricht es nunmehr die Rechtswidrigkeit aller wilden Streiks klar aus. Damit hat es die Konsequenzen seiner im Grunde seit 1955 gelegten Prinzipien gezogen⁷³⁾. In der Begründung führt das BAG aus:

(a) Das Argument, Arbeitnehmer und Arbeitgeber müßten die gleichen Rechte haben, übersehe, daß die Tariffähigkeit zwar dem einzelnen Arbeitgeber, nicht aber dem einzelnen Arbeitnehmer oder einer lediglich summierten Mehrzahl von ihnen zukomme. Während der einzelne Arbeitgeber einen Firmentarifvertrag abschließen könne, fehle den einzelnen Arbeitnehmern und der bloßen Summation von ihnen das Verhandlungsgewicht für den Abschluß eines Tarifvertrages und die Möglichkeit, die Friedenspflicht zu gewährleisten. Man könne den wilden Streik auch nicht mit dem Hinweis rechtfertigen, daß es ihn bereits vor Einrichtung des Tarifvertrages gegeben habe und daß diese Institution als einmal aufgehoben gedacht werden müsse; denn die Einrichtung des Tarifvertrages sei ein und zudem

Hueck, RdA 1956, 205; Müller, RdA 1951, 249; Hessel, BB, 1951, 87; LAG Frankfurt v. 18.9.50, RdA 1950, 427 mit zustimmender Anmerkung von Bulla, S.432 = JZ 1951, 181 mit zustimmender Anmerkung von Grewe, S.182; Ramm, Die Parteien des Tarifvertrages, S.12.

68) AP, Art.9 GG - Arbeitskampf - Nr.1.

69) AP, Art.9 GG - Arbeitskampf - Nr.2.

70) Vgl. Bulla, ArbRB1, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch.10, Anm.4.

71) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S.641, 642 ff; derselbe, Festschrift für Sitzler, S.96 f, 98; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S.375; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf (3. Aufl.), S.67; Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm.102; Hoeniger, RdA 1953, 207; Bulla, ArbRB1, Arbeitskampf II E, II Streik, und Arbeitskampf II, II Streik, Entsch 10, Anm.4 und 5; Hessel, Das Bundesarbeitsgericht zum Arbeitskampf, S.35; Berteles, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, S.59, m. w. Nachw.; Arbeitsgericht Hagen v. 3.3.55, ArbG 1955, 250; Arbeitsgericht Nürnberg v. 8.2.62, BB 1962, 336 u. a. m. Zum Stand der Meinungen vgl. auch Köst, Arbeitsrecht, S.207 f; Borucki, ArbUr 1962, 229 und Berteles, aaO. Neuerdings Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S.129.

72) AP, Art.9 GG - Arbeitskampf - Nr.32 = BB 1964, 304 f = NJW 1964, 883 ff

73) Vgl. die Anm. von Mayer-Maly in AP, Art.9 GG - Arbeitskampf - Nr.32.

ein wesentlicher Bestandteil der Rechtsordnung.

(b) Eine Reihe von gesetzlichen, und zwar nicht zuletzt von landesverfassungsrechtlichen Vorschriften spreche im Zusammenhang mit Arbeitskampfmaßnahmen auf der Arbeitnehmerseite ausdrücklich von den Verbänden (Gewerkschaften)⁷⁴.

(c) Die Gewerkschaft könne einen wilden Streik auch übernehmen, der damit nachträglich gebilligt und weitergeführt werde, um ihm rückwirkend den Makel des wilden Streiks zu nehmen.

(d) Die verbreitete Überzeugung, das Streikrecht lasse sich aus dem Koalitionsrecht des Art. 9 III GG herleiten, könnte dafür sprechen, es nur den Gewerkschaften zu gewähren.

(e) Arbeitskämpfe seien wegen der mit ihnen zwangsläufig verbundenen volkswirtschaftlichen Schäden im allgemeinen unerwünscht; ihre Mittel seien eine scharfe Waffe. Beim Ausbruch eines Streiks seien daher zu Kontrollzwecken Stellen einzuschalten, die Gewähr dafür bieten, daß nur in wirklich begründeten Fällen gestreikt wird und im Falle eines Streiks die Kampfregeln eingehalten werden. Als solche Stellen kämen auf Arbeitnehmerseite nur die Gewerkschaften in Frage, nicht hingegen auch einzelne Arbeitnehmer, Mitglieder der Belegschaften als solche oder nichtgewerkschaftliche Gruppen von Arbeitnehmern.

(f) Jeder Streik bringe eine einseitige Suspendierung der durch den Arbeitsvertrag übernommenen Arbeitspflicht mit sich. Das führe zwingend zu einer Einteilung der Fälle, in denen eine solche Suspendierung als gerechtfertigt gilt. Die Suspendierung sei die Ausnahme. Das Fehlen eines ausdrücklichen Verbots des wilden Streiks und die allgemeine Fassung des Art. 18 III der Bremer Verfassung berechtigten also nicht zu der Annahme, es herrsche allgemeine Streikfreiheit.

Gegen die vom BAG angestellten Erwägungen, welche die Unzulässigkeit des wilden Ausstandes beweisen sollen, kann eine Reihe von Gegenargumenten vorgebracht werden: Am schwersten fällt ins Gewicht, daß die vom BAG aufgeführten Gründe nicht im rechtslogischen Sinne zwingend sind. Es ist ferner bei der Behandlung der traditional-formalen Komponente der Sozialadäquanz dargetan worden, daß der von einer Augenblickskoalition inszenierte wilde Streik die Urform jedes Arbeitskampfes überhaupt ist, aus der sich der gewerkschaftlich organisierte Streik entwickelt hat⁷⁵ 76). Auch sind die Gewerkschaften nicht deswegen entstanden, um den Arbeitskampf im Interesse der Ordnung in geregeltere und gemäßigtere Bahnen zu lenken, sondern einzig und allein deshalb, um die Ausdauer im Kampf und die Durchschlagskraft der Arbeiterschaft, die die unbefrie-

74) Art. 51 III Bremer Verfassung; Art. 29 IV Hessische Verfassung; Art. 66 II Verfassung von Rheinland-Pfalz; Art. 56 Verfassung des Saarlandes; § 49 II S. 3 BetrVerfG; § 55 II S. 3 PersVG.

75) Vgl. oben § 7.

76) Vgl. auch Ramm, ACP 160, 361.

digenden Ergebnisse der schlecht organisierten Kämpfe der vorausgegangenen Jahre vor Augen hatte, zu erhöhen. Schließlich kann die aufgezeigte jüngere Entwicklung, die von der BAG-Entscheidung vom 28. 1. 1955⁷⁷⁾ über den allmählichen Wandel der Auffassungen in der Wissenschaft⁷⁸⁾ zu dem BAG-Urteil vom 20. 12. 1963⁷⁹⁾ hinführt, nicht zur Begründung dafür herangezogen werden, daß heute nach zehn Jahren der wilde Streik sozialinadäquat geworden ist, denn damit erhielte das neue Ergebnis seine Begründung nur ex post; sozialadäquat kann nämlich nach der begrifflichen Umschreibung des Wortes nur die geschichtlich gewordene, niemals aber die gegenwärtig werdende Ordnung sein.

Trotzdem ist das gefundene Ergebnis richtig. Es ist hier im wesentlichen auf die Ausführungen zum Erfordernis des tariflich regelbaren Kampfziels zu verweisen⁸⁰⁾. Danach darf ein Kollektiv nur für ein kollektivrechtliches Ziel kämpfen. Wenn aber dies zutrifft, so ist eine Rechtfertigung seines Kampfes nur dann möglich, wenn es beim Zustandekommen der Gesamtregelung mitwirken kann⁸¹⁾; andernfalls wäre sein Verlangen auf ein unmögliches Ziel gerichtet und deshalb sinnlos. Augenblickskoalitionen sind nicht tariffähig, sie können einen Tarifvertrag nicht abschließen. So sind der Sozialadäquanz durch § 2 TVG Grenzen gesteckt.

- e) Der gegen den Grundsatz des Fortbestandes der Tarifgebundenheit über die Mitgliedschaft beim Tarifverband hinaus (§ 3 III TVG) verstoßende Arbeitskampf:

Hingegen läßt der Grundsatz des Fortbestehens der Tarifgebundenheit über die Mitgliedschaft beim Tarifverband hinaus (§ 3 III TVG) die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen unberührt⁸²⁾. Denn das Prinzip des § 3 III TVG bezweckt nicht, den - selbst mittels Kampfes erreichten - Abschluß anderer Tarifvereinbarungen zu unterbinden, sondern es entspringt der Überlegung, daß der einzelne Arbeitgeber oder Arbeitnehmer nicht einfach durch Austritt oder Ausschluß aus dem Verband den Wirkungen eines nicht genehmen Tarifs soll entzogen werden können. Mit Recht weist deshalb Nikisch⁸³⁾ darauf hin, daß genauso, wie neue Tarife

77) Vgl. Fußnote 68).

78) Vgl. Fußnote 71).

79) Vgl. Fußnote 72).

80) Vgl. oben unter 7 b.

81) Vgl. auch die Anm. von Mayer-Maly in AP bei Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 32.

82) So auch Dietz, SAE 1956, 14; Nikisch, Lehrbuch II, S. 124, zweifelnd Köst, Arbeitsrecht, S. 210. A. A. Nipperdey, Lehrbuch, S. 649; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 106; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 376; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 135.

83) Nikisch, Lehrbuch II, S. 124.

freiwillig abgeschlossen werden dürfen, was selbst Nipperdey anerkennt, auch die kampfwweise Verfolgung desselben Zieles möglich sein muß.

Im übrigen ist Nipperdey in seiner Auffassung wenig konsequent. Nur ein Streik einer Gewerkschaft, in der sich die aus der tarifbeteiligten Gewerkschaft ausgeschiedenen Arbeitnehmer zusammengeschlossen haben, zur Erzwingung eines neuen Tarifvertrages während des Bestehenbleibens ihrer Tarifgebundenheit nach § 3 III TVG soll sozialinadäquat sein. Genauso gegen die Tarifgebundenheit richtet sich aber ein Streik einer tarifvertraglich verpflichteten Gewerkschaft, weil alle ihre Mitglieder gleichzeitig tarifgebunden sind; besteht die Tarifgebundenheit für die aus dem Verband Ausgeschiedenen fort, so gilt sie für die Mitglieder erst recht. Daß aber ein solcher Arbeitskampf wegen Verstoßes gegen die Tarifgebundenheit ebenfalls sozialinadäquat sein soll, davon ist bei Nipperdey nicht die Rede; im Gegenteil hat es den Anschein, als ob er ihn für zulässig erachtete, zumal er den tarifwidrigen Arbeitskampf für sozialadäquat erklärt. Denn wo ein Tarifvertrag ist, ist gleichzeitig Tarifgebundenheit, und der tarifwidrige Arbeitskampf müßte im Regelfall zwar nicht wegen seiner Tarifwidrigkeit, aber doch wegen des mit ihr im Gefolge stehenden Verstoßes gegen den Grundsatz der Tarifgebundenheit sozialinadäquat sein. Ein solches Ergebnis hat aber auch Nipperdey nicht im Auge, der es an jeglichem Hinweis fehlen läßt, daß der tarifwidrige Arbeitskampf deshalb sozialinadäquat werden soll, weil er gegen die Tarifgebundenheit der Verbandsmitglieder verstößt.

Auch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 4. 5. 1955⁸⁴⁾ kann die hier vertretene Ansicht nicht widerlegen. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, daß ein Streik, der den Abschluß eines Lohntarifs zum Ziele hat, inhaltlich dessen die Löhne der freien Vereinbarung unterliegen sollen, tarifrechtswidrig ist⁸⁵⁾; und zwar deshalb, "weil zum Wesen des TV über Löhne die Vereinbarung von Mindestlöhnen gehört (vgl. § 4 TVG) Den Bekl. lag nicht" - so führt das Bundesarbeitsgericht aus - "an einer garantierten Regelung des Lohnes, sondern an dessen garantierter Regellosigkeit. Das steht im Widerspruch zum Wesen des deutschen TV und namentl. zu der zwingenden Bestimmung des § 4 TVG"⁸⁶⁾. Wegen dieses gesetzwidrigen Zieles hat das Bundesarbeitsgericht den Streik für unerlaubt und rechtswidrig erklärt. Zur Unterstützung der Begründung hat es dann aber noch den hier interessierenden § 3 III TVG herangezogen. Es sei den Streikenden darum gegangen, trotz der klaren und eindeutigen Bestimmung des § 3 III TVG, wonach die Tarifgebundenheit auch bei Austritt aus einer der Tarifvertragsparteien bestehen bleibt, bis der Tarifvertrag endet, sich von dieser vom Gesetz gewollten und

84) AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 2.

85) Vgl. Leitsatz Nr. 4.

86) AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 2, Bl. 422 R.

bestimmten Gebundenheit zu befreien. Ein Streik um ein solches in Wahrheit gesetzwidriges Ziel sei unerlaubt und rechtswidrig.

Die sich daraus ergebenden Folgerungen scheint jedoch das Bundesarbeitsgericht dann doch nicht zu ziehen. Verstößen nämlich die Streikenden gegen den Grundsatz der Tarifgebundenheit, so müßte es rechtlich gleichgültig sein, ob sie um ein tarifvertraglich regelbares oder tarifvertraglich nicht regelbares Streikziel kämpfen; der Kampf wäre schon allein wegen des Verstoßes gegen § 3 III TVG sozialinadäquat. Gerade davon geht aber das Gericht offensichtlich nicht aus; denn es fährt fort, daß ein Streik, der im Hinblick auf eines der Streikziele unerlaubt ist, der Rechtswidrigkeit nicht deshalb wieder entkleidet werde, weil andere Streikziele zu einem echten Tarifvertrag führen könnten. Mit diesem Satz gibt das Bundesarbeitsgericht zu erkennen, daß es den in Frage stehenden Streik sehr wohl als sozialadäquat angesehen hätte, wenn die Streikforderungen sämtlich und ausnahmslos Gegenstand einer tariflichen Abmachung hätten sein können. Damit aber stützt es die Rechtswidrigkeit des Streiks nur noch auf die Tarifwidrigkeit des einen Streikzieles und übergeht seine eigene Behauptung, daß ein Verstoß gegen den Grundsatz der Tarifgebundenheit die soziale Inadaquanz begründe.

f) Der gegen die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages gerichtete Arbeitskampf:

Ein sich gegen die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages (§ 5 TVG) richtender Arbeitskampf ist sozialinadäquat⁸⁷⁾. Wenn es auch keine positive Gesetzesbestimmung gibt, die einer Gewerkschaft, die nicht Partei eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages ist, verbietet, für ihre Mitglieder den Abschluß eines Tarifvertrages zu erstreben⁸⁸⁾, so ergibt sich das Kampfverbot doch aus dem Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, den gewerblichen Frieden im Interesse der Allgemeinheit, aber auch im Interesse der Beteiligten zu erhalten⁸⁹⁾.

87) So Nipperdey, Lehrbuch, S. 649 f; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 106 f; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl. 1962), S. 376; Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm. 108, A. A. Nikisch, Lehrbuch II, S. 124; Hessel, BB 1955, 1030. Das BAG, Urteil v. 4.5.55, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 2 hat diese Frage offen gelassen; dort heißt es: "Ob der Streik deswegen rechtswidrig ist, weil er die Allgemeinverbindlichkeit des Manteltarifs berührt, kann in diesem Rechtsstreit unentschieden bleiben."

88) Vgl. dazu Hessel, BB 1955, 1030.

89) So mit Recht Nipperdey, Lehrbuch, S. 649; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 106. Vgl. auch Maus, Tarifvertragsgesetz, § 5, Anm. 30; derselbe, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil VII B, Tarifvertragsrecht, Anm. 637; Witting,

Mit dieser immanenten Friedensfunktion ist der Arbeitskampf unvereinbar. Nikisch, der dieses Argument übergeht⁹⁰⁾, kann es deshalb nicht verstehen, daß die unterschiedliche Behandlung freiwilliger, also auf friedlichem Wege zustande gekommener Vereinbarung von Sondertarifen neben einem allgemein verbindlichen Tarifvertrag und des kampfweise erzwungenen Sondertarifs⁹¹⁾ gerechtfertigt ist.

8. Die durch die allgemeine bürgerliche Rechtsordnung gezogenen Grenzen (Fairnesserfordernis und unzulässige Rechtsausübung):

Auch die allgemeine bürgerliche Rechtsordnung engt die Interessenabwägende Sozialadäquanz ein:

Der Arbeitskampf darf nach Nipperdey nicht zuletzt im Hinblick auf die Fälle, die Lehre und Rechtsprechung früher als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB erachteten, nicht gegen die Prinzipien fairer Kampfführung verstoßen⁹²⁾. Mit dem Begriff der guten Sitten zu arbeiten, der dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gleichgesetzt wurde, werde der besonderen soziologischen Situation des Arbeitskampfes nicht gerecht. Es habe sich daher schon das Reichsarbeitsgericht veranlaßt gesehen, für den Arbeitskampf einen besonderen, denaturierten Begriff der Sittenwidrigkeit zu bilden, der mit an den besonderen Anschauungen und Verhältnissen in den Kreisen der am Arbeitsleben Beteiligten orientiert wurde. Diese Gefahr der Entwertung des "Gute-Sitten-Begriffs" lasse sich umgehen, wenn man Arbeitskämpfe am Prinzip der fairen Kampfführung mißt, dessen Inhalt sich offensichtlich nach den geschichtlich gewordenen, sozialethischen Anschauungen der am Arbeitsleben Beteiligten bestimmt.

Die Nipperdeysche Kritik an der reichsarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist im grundsätzlichen berechtigt, denn es gibt - wie die Praxis zeigt⁹³⁾ - Fälle, die

BArbBl 1950, 227; Sitzler, ArbRBl, Tarifvertrag X, X Allgemeinverbindlichkeit, B 4; BArbBl 1950, 16.

90) Nikisch, Lehrbuch II, S. 124; vgl. auch Köst, Arbeitsrecht, S. 210; so auch Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 135.

91) Vgl. dazu Nipperdey, Lehrbuch, S. 650. Fußnote 72 u. S. 487; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 107, Fußnote 81.

92) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 651 ff; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 108 ff. Vgl. ferner Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 373 u. 376. Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm. 104; Bulla, ArbRBl, Arbeitskampf II E, II Streik; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 144 ff.

93) Vgl. bloß RAG, ARS 2, 217 ff.

zwar gegen unsere Sozialordnung verstoßen und deshalb verboten sein müssen, aber nicht so grob dagegen verstoßen, daß sie - will man dem Begriff der guten Sitten keinen Zwang antun - als sittenwidrig bezeichnet werden können.

Ob allerdings dann mit dem neuen Grundsatz der fairen Kampfführung geholfen werden kann, mag mehr als fraglich erscheinen. Einmal ist der Begriff der Fairness kein rechtlicher Begriff; er spielt nirgends im Recht eine Rolle und ist daher ein Fremdkörper in unserem Rechtssystem. Nikisch⁹⁴⁾ weist ferner darauf hin, daß der Begriff - von der Rechtsprechung übrigens nicht im geringsten ausgestaltet - große Rechtsunsicherheit in sich birgt. Das zeigen in der Tat bereits einige bei Nipperdey angeführte Beispiele⁹⁵⁾, wonach es durchaus noch fair sein soll, eine an sich geringfügige Forderung mit grobem Geschütz durchzusetzen und es im Einzelfall wohl auch noch zulässig sein kann, durch Kampfmaßnahmen die Existenz des Gegners zu vernichten⁹⁶⁾. Nach Ziskoven⁹⁷⁾ soll auch ein Kampf um übertriebene Forderungen noch erlaubt sein. Daß sich das aber mit dem Worte Fairness in seiner Bedeutung als Ausdruck ritterlicher, anständiger, ehrlicher Gesinnung noch vereinbaren lassen soll, kann man wohl ernstlich bestreiten.

Um diesen berechtigten Einwänden Rechnung zu tragen, gilt es daher nach einem anderen Regulativ zur Abgrenzung zwischen erlaubtem und rechtlich mißbilligtem Arbeitskampf zu suchen, das einerseits die sämtlichen Fälle der echten Sittenwidrigkeit erfaßt, auf der anderen Seite aber nur die gröberen Verstöße gegen den Grundsatz der Fairness als sozialinadäquat kennzeichnet und das als härter und fester umrissenes Prinzip eine schärfere Grenzziehung erlaubt; das also im Ergebnis dem denaturierten reichsarbeitsgerichtlichen Begriff der guten Sitten sowohl seinem Inhalt nach als auch, was die konkrete Ausgestaltung anbelangt, gleich-

94) Nikisch, Lehrbuch II, S. 126.

95) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 652; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 110.

96) Grundsätzlich darf jedoch ein Arbeitskampf die Existenz des Gegners nicht vernichten; vgl. RAG, ARS 5, 253; 6, 427; 7, 407; 10, 106 u. a. m.; LAG Frankfurt v. 18. 9. 50, RdA 1950, 427 ff = AP 1950, Nr. 294 = Betr. 1950, 500 = BB 1950, 702 = ARSt V, Z. 339, 396, 400, 401 = ArbRbl, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 1; LAG München v. 16. 2. 54, RdA 1954, 359 = ARSt XII, Z. 475, 529 = WA 1954, 140 = BB 1954, 593 = Betr. 1954, 675; Nikisch, Lehrbuch II, S. 141; Osswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, S. 37; Brox-Rüthers, Arbeitskampsrecht, S. 148; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf (2. Aufl.), S. 41; Doerk, Der Streik als unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB, S. 90; Jahn, Reichsgericht und Koalitionsrecht, S. 46; Ziskoven, Die Bedeutung des § 826 BGB für das Arbeitsrecht, S. 51; einschränkend Bulla, ArbRbl, Arbeitskampf II E II Streik

97) Ziskoven, Die Bedeutung des § 826 BGB für das Arbeitsrecht, S. 53.

kommt, zumindest aber sehr nahe steht. Und hier bietet sich die Lehre vom Einwand der unzulässigen Rechtsausübung an⁹⁸⁾, die ganz allgemein, auch im Arbeitskampfrecht, Geltung beanspruchen kann⁹⁹⁾. Danach darf man - auch über den Rahmen der §§ 226, 266 BGB hinaus - von seinen Rechten überall da nicht mehr Gebrauch machen, "wo sich die Ausübung eines Rechts als eine gröbliche Verletzung des das gesamte bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt"¹⁰⁰⁾, wo sie also "diesem Grundsatz und einem gesunden Volksempfinden so sehr widerspricht, daß die Ausübung unzulässig und es nicht mehr angängig erscheint, ihr den Rechtsschutz zu gewähren"¹⁰¹⁾.

Sicherlich handelt es sich dabei auch um eine Generalklausel, die wegen ihrer Unbestimmtheit notwendig Rechtsunsicherheiten in sich birgt, doch immerhin um eine solche, die anders als der speziell für das Arbeitskampfrecht eingeführte Begriff der Fairness das gesamte bürgerliche Recht beherrscht und durch die Zivilrechtslehre und die zivilgerichtliche Rechtsprechung eine ausreichende Konkretisierung erfahren hat. Besonderheiten des Arbeitskampfrechts müssen natürlich berücksichtigt werden.

Durch die Verwendung des Instituts von der unzulässigen Rechtsausübung an Stelle des "Fairness-Begriffs" sind vom praktischen Ergebnis her kaum Änderungen in der Lösung der von Nipperdey ins Auge gefaßten Fälle veranlaßt. Die aufgeführten Handlungen, wie wahrheitswidrige, entstellende oder aufhetzende Propaganda, Gewaltanwendung, Sabotage- und Racheakte usw.¹⁰²⁾, sind nicht nur unfair, sondern ausgesprochen mißbräuchlich und auch sittenwidrig¹⁰³⁾ und können den Arbeitskampf als ganzen unzulässig und rechtswidrig machen, falls die Kampfleitung sie durchführt, einplant oder bewußt duldet¹⁰⁴⁾. Diese letztere

98) Statt aller vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (15. Aufl., 1960), S. 1437 ff; Lehmann, Allgem. Teil (10. Aufl., 1957), S. 95 ff; RGRK, § 242, Anm. 4; Soergel, vor § 226, Anm. II; RGZ 58, 356 u. 428; 71, 435; 75, 342; 86, 192; 87, 281; 89, 104; 90, 64 u. 216; 107, 363; BGHZ 1, 31 = MDR 1951, 225 = GRUR 1951, 159.

99) So auch LAG Frankfurt v. 18. 9. 50, RdA 1950, 427, Leitsatz 5.: "Wenn auch der Streik trotz der damit verfolgten wirtschaftlichen Schädigung des Gegners ein von der Rechtsordnung erlaubtes Kampfmittel ist, sind doch bei seiner konkreten Durchführung das Verbot unerlaubter, insbes. sittenwidriger Handlungen sowie die allgemeinen Grundsätze ordnungsmäßiger Rechtsausübung zu beachten."

100) RGZ, 146, 396.

101) RGRK § 242, Anm. 4.

102) Vgl. auch Bulla, ArbRB1, Arbeitskampf II E, II Streik.

103) Für letzteres Nikisch, Lehrbuch II, S. 127.

104) Vgl. Mertz, ArbRB1, Arbeitskampf VI, VI Streik und Strafrecht, A, I, 1,

Einschränkung liegt im Wesen des Kampfes begründet; denn dieser ist als Kollektivmaßnahme von einem Gesamtwillen getragen, der sich im Willen der Kampfleitung repräsentiert. Nicht von diesem Willensbereich erfaßte und beeinflussbare eigenmächtige Ausschreitungen einer Gruppe bleiben Handlungen einzelner, die mit dem Verhalten der dafür nicht verantwortlich zu machenden Gesamtheit nicht in Zusammenhang gebracht werden können.

Allerdings werden der Streik, die Aussperrung als solche durch einzelne rechtswidrige Handlungen regelmäßig nicht immer schon dann mit der Rechtswidrigkeit infiziert, wenn die Handlung der Kampfleitung zurechenbar ist¹⁰⁵). Ein Streik vom Ausmaß des Bayerischen Metallarbeiterstreiks kann nicht allein deswegen rechtswidrig sein, weil in seinem Verlauf einzelne von der Gewerkschaft (stillschweigend) geduldeten Unregelmäßigkeiten vorgekommen sind. In dieser Strenge hat deshalb die Rechtsprechung den vorerwähnten Grundsatz auch nicht vertreten¹⁰⁶) 107. Deutlicherkennbar läßt sie sich von dem Gedanken leiten, daß

b, dd; Nipperdey, Lehrbuch, S. 652, 653; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 109, 111; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), 376; Niese, Streik und Strafrecht, S. 70 f; Doerk, Der Streik als unerlaubte Handlung im Sinne des § 826; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, (3. Aufl.) S. 162; LAG Frankfurt v. 18. 9. 50, RdA 1950, 427 ff; Nikisch, Lehrbuch II, S. 141; Bulla, ArbRB1, Arbeitskampf II E, II Streik

105) Bei Nipperdey, Lehrbuch, S. 652, und Festschrift für Sitzler, S. 109, wird das nicht deutlich ausgesprochen.

106) Vgl. die sehr weitgehende Entscheidung des LAG München v. 16. 2. 54, WA 1954, 140, Leitsatz III: "Ein an sich nicht sittenwidriger Streik wird nicht allein schon durch die Anwendung unerlaubter Durchführungsmittel sittenwidrig."

Vgl. auch RGZ 76, 42: "Durch die unstatthaften, vereinzelt gebliebenen Sätze und Wendungen (es handelt sich um gröbliche Ehrverletzungen) ist nicht der ganze Boykott sittenwidrig geworden."

Vgl. ebenda, S. 47: "Aus vorstehender Erörterung folgt indes nicht, daß wegen des (scil. mit verbotenen Ausschreitungen verbundenen) Postenstehens der ganze Boykott sittenwidrig geworden ist, und daß die Teilnehmer an dem Postenstehen den ganzen dem Kläger entstandenen Schaden zu tragen haben." Denn ein Boykott von mindestens einjähriger Dauer - so heißt es weiter - werde nicht im ganzen unerlaubt, "weil bei seiner Durchführung zu unzulässigen, in Anwendung und Wirkung jedoch zeitlich begrenzten Maßnahmen gegriffen wurde."

Das LAG Frankfurt, Urteil v. 18. 9. 50, RdA 1950, 427 ff (430), stellt zwar den Grundsatz auf: "Sittenwidrig wird der Streik allerdings grundsätzlich dann, wenn die den Streik tragende Organisation zu seiner Durchführung

Einzelausschreitungen, die im Verhältnis zum Gesamtvorgang nicht ins Gewicht fallen, unmöglich die Rechtswidrigkeit des ganzen Arbeitskampfes zur Folge haben können¹⁰⁸). Die einzelne rechtswidrige Handlung kann den an sich rechtmäßigen Gesamttakt nur dann rechtswidrig machen, wenn sie diesem ein entscheidendes Gepräge verleiht. Nur da, wo Streik und Aussperrung durch die einzelne Handlung wesensmäßig umgestaltet werden, weil die Handlung wegen ihres Ausmaßes, ihrer Intensität etc. auf die Gesamttaktion beherrschend einwirkt, kann die Rechtswidrigkeit der Einzelmaßnahme die Rechtswidrigkeit der Gesamtmaßnahme nach sich ziehen. Das ist beispielsweise der Fall, wo ein Streik nur durch die Behinderung Arbeitswilliger am Betreten des Betriebes aufrechterhalten oder seine Wirksamkeit wesentlich verstärkt wird, bei der Demolierung des gesamten Maschinenparks oder wesentlicher Teile desselben, bei schwerwiegenden Verleumdungen der Streikleitung gegen die Bestreikten, um den Kampfgeist der Arbeiter nachhaltig anzuspornen usw.

Zur Veranschaulichung des allgemein anerkannten Grundsatzes, daß der Arbeitskampf nicht in einem unerträglichen Mißverhältnis zu dem erstrebten Zweck stehen darf¹⁰⁹), zieht Nipperdey den Streik in lebenswichtigen Betrieben (Kran-

unerlaubte Handlungen begehen läßt, trotz ihrer Kenntnis, daß solche sich ereignen, nicht dagegen einschreitet oder sogar sich unmittelbar an ihnen beteiligt", macht aber sofort eine nicht unwesentliche Einschränkung: "Im Einzelfalle kann freilich auch hier für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit des Streiks eine Abwägung der Bedeutung der einzelnen unerlaubten Handlungen in ihrem Verhältnis zu dem gesamten Streik maßgeblich werden ...".

107) Auch Nipperdey, Lehrbuch, S. 653, und Festschrift für Sitzler, S. 111, macht für den Fall des Streikpostenstehens eine Einschränkung. Hier spricht er nur noch davon, daß der Streikleitung zurechenbares rechtswidriges Verhalten beim Streikpostenstehen den ganzen Streik zu einem rechtswidrigen machen kann (nicht; macht).

Richtig auch Mertz, ArbRB1, Arbeitskampf VI, VI Streik und Strafrecht, A, I, 1, b, dd.

108) Selbstverständlich verpflichtet die rechtswidrige Einzelmaßnahme ihre Urheber zum Schadensersatz (sehr deutlich RGZ 76, 42 f u., 47); die Gewerkschaft haftet gemäß § 831 BGB, unter den besonderen Voraussetzungen auch nach § 31 BGB. Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 659 ff; Nikisch, Lehrbuch II, S. 180 ff; LAG Hannover v. 6. 5. 53, BB 1953, 590 = Betr. 1953, 616 = ArbG 1953, 826 = ARSt X, Z. 683; LAG Hannover v. 23. 5. 56, BB 1956, 924; LAG Düsseldorf v. 11. 10. 57, BB 1958, 268 = ARSt, XX, Z. 396.

109) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch S. 652; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 110; Nikisch, Lehrbuch II, S. 141 f; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 69; Osswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen,

kenhäusern, Versorgungsbetrieben, Verkehrsbetrieben) heran¹¹⁰). Das hätte man gerade bei ihm, der den Gedanken vom Rechtswidrigkeitszusammenhang so sehr betont¹¹¹), am wenigsten erwartet. Nach dem Prinzip des Rechtswidrigkeitszusammenhangs bedarf es "in jedem Falle der Prüfung und Feststellung, ob der schädigende Eingriff gerade dem Verletzten gegenüber rechts- oder sittenwidrig ist"¹¹²). Die Frage mag da zu bejahen sein, wo der Arbeitskampf dem Gegner einen unverhältnismäßig großen Schaden verursacht, wie dies z. B. bei der Unterlassung von Notstandsarbeiten, d. h. von Arbeiten, die zur Erhaltung des Produktionsapparates erforderlich sind, der Fall ist¹¹³). Wo aber dieser Schaden wie beim Ausstand in lebenswichtigen Betrieben der Allgemeinheit erwächst, sind gegen eine gleiche rechtliche Beurteilung nicht unberechtigte Bedenken anzumelden. Weil nämlich hier die Rechtswidrigkeit allein in dem Verhältnis zwischen den Streikenden und einem unbeteiligten Dritten wurzelt, und weil durch die Tatsache, daß dem Dritten ein untragbarer Schaden erwächst, die rechtlichen Interessen der bestreikten Partei nicht berührt werden, kann dieser gegenüber die Rechtswidrigkeit und damit die Verpflichtung zum Schadensersatz nicht begründet werden¹¹⁴). Inwieweit dann allerdings ein solcher, die gemeinen Interessen schä-

S. 37; Doerk, Der Streik als unerlaubte Handlung im Sinne von § 826 BGB, S. 87 ff; RGZ 93, 304; 104, 330; LAG Düsseldorf v. 22. 6. 54, BB 1954, 931; LAG Frankfurt v. 18. 9. 50, RdA 1950, 427; Bulla, ArbRB1, Arbeitskampf II E, II Streik.

- 110) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 652, Fußnote 83; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 110, Fußnote 90; vgl. auch Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 373; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf (3. Aufl.), S. 70; Niese Streik und Strafrecht, S. 77; Bauer, JZ 1953, 652; Huber, WirtschVerwR II, S. 399; Müller, Betr. 1957, 720.
- 111) Nipperdey, Gutachten, S. 27 ff; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (15. Aufl., 1960), S. 1276; derselbe, Lehrbuch, S. 656.
- 112) Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil (14. Aufl., 1955), S. 943.
- 113) Die Unterlassung jeglicher Notstandsarbeiten macht den Arbeitskampf rechtswidrig. Vgl. Ebel, DÖV 1951, 443; Hoeniger, RdA 1953, 204 f (unter Verweisung auf Grote, Der Streik, S. 85 ff); derselbe, BB 1955, 38; Huber, WirtschVerwR II, S. 399 u. a. m.
- 114) Nach der Ansicht Löfflers (NJW 1962, 1601) liegt die Rechtswidrigkeit im Verhältnis zwischen Streikenden und Bestreiktem darin, daß der Unternehmer mit der Unterhaltung eines lebenswichtigen Betriebs gleichzeitig eine Verpflichtung zur Versorgung der Bevölkerung übernommen hat und nunmehr durch den Streik in sittenwidriger Weise daran gehindert wird, seiner Verpflichtung nachzukommen. Diese Auffassung verkennt das Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhangs. Es besagt, daß nur der Schaden ersetzt wird, dessen Eintritt die haftungsbegründende Norm nach ihrem Sinn unmit-

digender Arbeitskampf der Allgemeinheit gegenüber als verboten anzusehen ist und Schadensersatzansprüche des einzelnen als eines Gliedes der Allgemeinheit auslöst, ist damit noch nicht entschieden. Sind die Voraussetzungen des § 823 oder des § 826 BGB erfüllt, sind Schadensersatzansprüche selbstverständlich begründet.

9. Der gegen allgemein-volkswirtschaftliche Interessen verstoßende Arbeitskampf:

a) Die Lehre Bullas:

Bulla hat neuerdings die Frage angeschnitten, ob nicht aus dem Gedanken der sozialen Selbstverwaltung heraus ein Arbeitskampf sozial-inadäquat ist, der die Belange der Allgemeinheit, des Volksganzen, das Gemeinwohl, fundamentale Interessen aller Staatsbürger, allgemein-volkswirtschaftliche Interessen außer Acht läßt¹¹⁵).

Das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung, von dem die Tarifaautonomie einen Teilbereich darstellt, sei ein fester Bestandteil unserer gesellschaftlichen und staatlichen Ordnung¹¹⁶). Hierin deute sich zugleich ein unabdingbares Gegenstück an; die Konzession an die Sozialpartner zur sozialen Selbstverwaltung schließe die Verpflichtung zu sozialer Selbstverantwortung ein. Die Bindung folge daraus, daß die Autonomie der Sozialpartner nicht ungebunden sein darf¹¹⁷), und verpflichte diese, bei der Verfolgung sozialer Eigeninteressen auf das volkswirtschaftliche Ganze Rücksicht zu nehmen und die Belange der Allgemeinheit Grenze ihrer Forderungen und ihrer kampfwweisen Durchsetzung sein zu lassen¹¹⁸). Die

telbar zu verhindern bezweckt (vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 656). Da im vorliegenden Fall der Ersatz des dem bestreikten Unternehmer entstandenen Verlustes, insbesondere des Gewinnausfalles in Frage steht, müßte sich der Rechtswidrigkeitszusammenhang auf die Verursachung dieses Schadens beziehen. Damit aber hängt der Umstand, daß der Unternehmer seine ihm der Bevölkerung gegenüber obliegenden Pflichten nicht erfüllen kann und der als solcher für den Unternehmer in der Regel keine Folgen zeitigt, nicht zusammen.

115) Bulla, Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, S. 79 ff; vgl. auch derselbe, ArbRB1, Arbeitskampf II, E, II Streik. Ablehnend Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 151.

116) Bulla, Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, S. 79.

117) Bulla, aaO, S. 82 ff.

118) Bulla, aaO, S. 99.

soziale Selbstverantwortung sei nicht nur eine moralische oder sittliche Verantwortlichkeit, sondern auch eine Rechtsverpflichtung, eine allgemeine Verhaltenspflicht mit Normwert¹¹⁹⁾. Der Normwert der selbstverantwortlichen Pflichtigkeit der sozialen Verbände werde in der Rechtspraxis durch die Pflichtigkeit zu einem Verhalten verwirklicht, das den allgemeinen Ordnungsvorstellungen der Gesellschaft entspricht. Das führe zu dem Gebot des sozialen Verhaltens jedes Rechtsgenossen hin, indem ein Verstoß gegen Ordnungspflichten ein sozial-inadäquates Verhalten ist und von der Rechtsordnung geahndet wird, wenn es die geschützte Güterwelt anderer schädigend verletzt¹²⁰⁾. Der von Nipperdey aus der Sozialadäquanz abgeleitete Katalog¹²¹⁾ zur Kennzeichnung des sozial-adäquaten oder sozial-inadäquaten Arbeitskampfes sei nicht erschöpfend, vielmehr lasse die dynamische Kraft des Prinzips sehr wohl weitere Thesen zu seiner richtlinienmäßigen Konkretisierung und Verfeinerung zu. Hier könne der Gedanke der sozialen Selbstverantwortung gegenüber den übergeordneten Allgemeinbelangen fruchtbar gemacht werden. Die Zulässigkeit des Arbeitskampfes, der eine von der Rechtsordnung geduldete Störung des Arbeitsfriedens mit sich bringt, orientiere sich am Bild der "geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens", also an der Sozialadäquanz. Das Bezugsmoment sei mithin die Gemeinschaft, ihre Lebenslage und ihre gewachsene Ordnung mit den daraus abzuleitenden ethischen Vorstellungen und Maximen. Dann müsse gelten, daß ein Arbeitskampf, auch wenn er die oben angesprochenen Richtlinien beachtet hat, nur dann sozial-adäquat, also rechtmäßig ist, wenn seine Kampfziele um die Neugestaltung von Arbeitsbedingungen zufolge der Verknüpfung von Tarif- und Lohnpolitik mit der allgemeinen Wirtschafts- und Konjunkturpolitik in ihren gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen nicht dergestalt sind, daß dadurch nicht nur Ordnungsvorstellungen der Gemeinschaft gegenläufig berührt, sondern ihre wirtschaftlichen Grundlagen angetastet werden und so vielleicht die Existenz der Gemeinschaft selbst bedroht wird. Das sei weit mehr ein sozial-inadäquates Kampfverhalten, indem es nicht mehr darum geht, ob der soziale Gegenspieler als Kampfgegner nach den Ordnungsvorstellungen der Gemeinschaft kampf-erlaubt fair bedrängt wird, sondern darum, daß der so bedrängte Gegenspieler, wenn er in die Knie gezwungen wird, zu Bewilligungen veranlaßt wird, die die Gemeinschaft um ihrer eigenen wirtschaftlichen Existenzgrundlagen willen nicht mehr gutheißen kann¹²²⁾.

Im Gegensatz zur kampfweisen Durchsetzung von Forderungen, die gegen die Belange der Allgemeinheit verstoßen, soll ein solcher Verstoß, wenn er bei Abschluß eines Tarifvertrages erfolgt, keine Rechtsfolgen auslösen. Das gelte im besonde-

119) Bulla, aaO, S. 89 ff.

120) Bulla, aaO, S. 92 ff.

121) Vgl. oben Z. 1.

122) Bulla, aaO, S. 96 f.

ren, wenn in Mißachtung der der sozialen Selbstverantwortung konkret gesetzten Grenze übersetzte Forderungen des einen Tarifpartners von dem anderen in gleicher Mißachtung, wenn auch vielleicht unter dem Druck der Gegenseite, bewilligt werden. Es sei etwa an den Fall zu denken, daß eine Gewerkschaft Lohn- oder sonstige Forderungen stellt, deren wirtschaftspolitisches Mißverhältnis klar erkennbar ist, die aber von der Arbeitgeberseite dennoch tariflich bewilligt werden, weil man die Ablennung und den für diesen Fall angedrohten Arbeitskampf scheut und lieber den Weg des geringeren Widerstandes, der Überwälzung der höheren Unkosten auf die Preise geht¹²³⁾. Zur Begründung wird ausgeführt, daß der deliktisch orientierte Begriff der Sozialadäquanz im Vertragsrecht nicht verwertbar sei¹²⁴⁾.

b) Die eigene Stellungnahme:

Der Ausgangspunkt Bullas, wonach die Selbstverwaltung der Sozialpartner nicht unbegrenzt sein kann, ist uneingeschränkt richtig. Denn jede Freiheit ist - wie bei den Darlegungen zur Begrenzung der Kampffreiheit bereits näher begründet wurde¹²⁵⁾ - gebunden und nicht schrankenlos gewährt. Dem ist weiter nichts hinzuzufügen.

Dagegen bedarf die daraus gezogene Schlußfolgerung, daß ein Verstoß gegen die Interessen des allgemein-volkswirtschaftlichen Wohles einen Arbeitskampf sozialinadäquat mache, einer näheren kritischen Durchleuchtung.

Die Bejahung der Rechtfertigung eines unter Einhaltung bestimmter Regeln geführten Arbeitskampfes ist das Ergebnis einer Konfliktsituation; diese geht zurück auf eine Güterabwägung zwischen dem Interesse der einen Partei, durch die andere in ihrem absoluten Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. am Arbeitsplatz nicht geschädigt zu werden, und dem höher zu bewertenden Interesse der anderen an der Erlangung gerechter Arbeitsbedingungen¹²⁶⁾. Ein Streik und eine Aussperrung, welche sich über allgemein-volkswirtschaftliche Interessen hinwegsetzen, greifen wie jeder Arbeitskampf in die erwähnten absoluten Rechte des Gegners ein; aber sie sind nach der These Bullas nicht wegen des Eingriffs in diese Rechte rechtswidrig, sondern allein deshalb, weil sie schutzwürdige Belange der Allgemeinheit antasten. Hier zeigt sich, daß damit die Sozialadäquanz eine andere begriffliche Bedeutung erhält; sie beruht nicht mehr auf einer Abwägung zwischen dem Interesse an gerechten Arbeitsbedingungen auf der einen Seite und dem absoluten Recht des Gegners auf der anderen, sondern auf einer Abwägung

123) Bulla, aaO, S.101 f.

124) Bulla, aaO, S.102 ff; vgl. insbes. auch Fußnote 132).

125) Vgl. oben § 10, Z.1.

126) Vgl. oben § 9, Z.1.

zwischen dem Interesse an gerechten Arbeitsbedingungen und dem Interesse des Volksganzen. Deshalb ist die Rechtswidrigkeit eigentlich nicht gegenüber dem Kampfgegner sondern gegenüber der Allgemeinheit begründet.

Diese gleiche Relativität der Rechtswidrigkeit¹²⁷⁾ ist bereits bei dem gegen § 839 BGB verstoßenden Arbeitskampf¹²⁸⁾, beim tarifwidrigen Arbeitskampf¹²⁹⁾ und insbesondere beim verbandswidrigen Arbeitskampf¹³⁰⁾ herausgestellt worden, bei denen sich die Rechtmäßigkeit allein im Verhältnis zum geschädigten Dritten, demgegenüber die Amtspflicht besteht, zum Vertragspartner bzw. zum Verband beurteilt, ohne daß die Rechtmäßigkeit anderen Rechtsträgern, insbesondere dem Kampfgegner gegenüber berührt wird. Auch beim Ausstand in lebenswichtigen Betrieben, bei dem der von der Rechtsordnung mißbilligte Schaden nicht dem Arbeitgeber sondern der Allgemeinheit erwächst, spielt das Problem eine Rolle¹³¹⁾. Auf die Ausführungen hierzu kann Bezug genommen werden.

Beim Tarifvertrag, der gegen allgemein-volkswirtschaftliche Interessen verstößt, hat Bulla das Fehlen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs klar herausgestellt: Die Vertragsparteien gehen gemeinsam gegen einen Dritten (die Allgemeinheit) vor und handeln gemeinsam nur ihm gegenüber unerlaubt. Das Ergebnis kann bei der kampfwisen Durchsetzung gemeinwohlwidriger Belange kaum anders ausfallen; auch hier wurzelt das Verbot des Vorgehens nicht im Verhältnis zum Kampfgegner sondern zur Allgemeinheit. So können einige Sätze Bullas, die er im Zusammenhang mit dem gemeinwohlschädlichen Tarifvertrag bringt, in etwas abgeänderter Form auch für den gegen allgemein-volkswirtschaftliche Interessen verstoßenden Arbeitskampf gelten: Zwar darf man sagen, daß eine Kampfpartei, die ihre soziale Verantwortlichkeit gegenüber berechtigten Belangen der Allgemeinheit außer Acht läßt, nicht sozialgemäß im allgemeinsten Sinne des Wortes handelt. Gleichwohl ist damit noch nicht dargetan, daß dieses soziale Fehlverhalten, das im Verhältnis zur Allgemeinheit - unter Mißachtung dessen, was die soziale Selbstverantwortung geboten hätte - wurzelt, den besonderen, nur deliktisch orientierten Begriff der Sozialadäquanz inhaltlich mitzubestimmen vermag. Auch wenn man Bestrebungen und Strömungen folgt, die Rechtswertigkeit des Prinzips der Sozialadäquanz auszuweiten, so bleibt doch unverkennbar, daß es sich hierbei immer nur um Fälle des Eingriffs in die Rechtsgüterwelt des geschützten anderen Rechtsgenossen handelt. Solche als Rechtsgüter geschützte Positionen des Kampfgegners sind im Falle des "gegenüber der Allgemeinheit

127) Vgl. oben § 9, Z. 2.

128) Vgl. oben Z. 5.

129) Vgl. oben Z. 7 a).

130) Vgl. oben Z. 6.

131) Vgl. oben Z. 8. gegen Ende.

verantwortungslosen" Arbeitskampfes gerade nicht verletzt¹³²⁾.

10. Die durch das Strafrecht gezogenen Grenzen:

Ein Arbeitskampf ist strafbar, wenn die Androhung des Übels zu dem erstrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist (§§ 240 II, 253 II StGB). Es kommt dabei darauf an, ob der Streik "die Grenze des Erlaubten in dem Maße überschreitet, daß er seine rechtfertigende Kraft verliert und nunmehr seine Anwendung einen sozialetisch unerträglichen Willenszwang darstellt, kürzer: ob der Mißbrauch des kollektiven Selbsthilfe- oder Fehderechts eine verwerfliche und damit rechtswidrige Nötigung ist"¹³³⁾. Die Formulierung erweist, daß der strafrechtliche Begriff der Verwerflichkeit, weil er das stärkere Unwerturteil enthält¹³⁴⁾, der Kampffreiheit wesentlich mehr Spielraum läßt als das Institut der unzulässigen Rechtsausübung. Bildlich könnte man sich die beiden Begriffe gut als zwei konzentrische Kreise vorstellen, die von außen her die Kampffreiheit einengen und von denen §§ 242, 266 BGB die innere, die Verwerflichkeit nach § 240 II StGB die äußere Grenze setzen. Der äußere Kreis schneidet den inneren an keiner Stelle, so daß jeder nach § 240 II StGB verwerfliche Arbeitskampf auch rechtsmißbräuchlich, aber nicht auch umgekehrt jeder rechtsmißbräuchliche verwerflich ist; die Verwerflichkeit ist nur bei allerschwersten Verstößen anzunehmen¹³⁵⁾.

132) Vgl. Bulla, Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, S. 102, wo er für den gemeinwohlschädlichen Tarifvertrag ausführt: "Zwar darf man sagen, daß Tarifvertragsparteien, die ihre soziale Verantwortlichkeit gegenüber berechtigten Belangen der Allgemeinheit außer Acht lassen, nicht sozialgemäß im allgemeinsten Sinne des Wortes handeln. Gleichwohl ist damit noch nicht dargetan, daß dieses soziale Fehlverhalten, das im Vertragsschluß - unter Mißachtung dessen, was die soziale Selbstverantwortung geboten hätte - wurzelt, den besonderen, nur deliktisch orientierten Begriff der Sozialadäquanz inhaltlich mitzubestimmen vermag. Auch wenn man Bestrebungen und Strömungen folgt, die Rechtswertigkeit des Prinzips der Sozialadäquanz auszuweiten, so bleibt doch unverkennbar, daß es sich hierbei immer nur um Fälle des (einseitigen) Eingriffs in Rechtspositionen, in die Rechtsgüterwelt des anderen Rechtsgenossen handelt. Solche als Rechtsgüter geschützte Positionen des Vertragskontrahenten sind im Falle des "verantwortungslosen" Tarifabschlusses gerade nicht verletzt."

133) Niese, Streik und Strafrecht, S. 50.

134) Vgl. Mertz, ArbRB1, Arbeitskampf VI, VI Streik und Strafrecht, A, I, 1, b, aa.

135) Vgl. Niese, Streik und Strafrecht, S. 50; Osswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, S. 45; Nipperdey, Lehrbuch, S. 667; Nikisch, Lehrbuch II, S. 150, m. w. Nachw.; Köst, Arbeitsrecht, S. 211.

11. Die Besonderheiten des Abwehrkampfes (Anhang):

Für den Arbeitskampf, der zur Abwehr eines kampfweisen Angriffs geführt wird¹³⁶⁾, gelten grundsätzlich keine Besonderheiten. Weil zu den Grundprinzipien unserer Wirtschafts- und Sozialverfassung das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte gehört, welches über das durch es gerechtfertigte Mittel des Kampfes den sozialen und wirtschaftlichen Ausgleich auf dem Gebiete der Arbeitsbedingungen herbeiführt, muß neben der wirtschaftlichen Kampfmaßnahme der den Arbeitskampf eröffnenden Partei als notwendiges Korrelat die entsprechende angemessene wirtschaftliche Gegenwehr der anderen gestattet sein; denn nur so kann sich im Einsatz paritätischer Kampfmittel eine vernünftige Lösung ausbalancieren. Bei der Ermittlung der Sozialadäquanz erfolgt auch hier wiederum die Wertabwägung zwischen dem Interesse an der Wahrung des absoluten Rechts (am Arbeitsplatz, am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) des Gegners und demjenigen des Abwehrenden an der Wiederherstellung der (gerechten) Ordnung im Arbeitsfrieden zugunsten der letzteren. Der Abwehrkampf wird stets auch um die Arbeitsbedingungen geführt; sein Ziel besteht zwar nicht in deren Neuregelung, jedoch in der Beseitigung der Störung, welche die Arbeitsordnung erfahren hat. Der Abwehrkampf muß ferner gegen den Angreifer gerichtet sein und auch die übrigen oben erwähnten Erfordernisse¹³⁷⁾ erfüllen.

Das gilt grundsätzlich in gleicher Weise für eine Maßnahme, die zur Abwehr eines sozialadäquaten Angriffs durchgeführt wird, wie für den gegen einen sozialinadäquaten Angriff geführten Abwehrkampf. Für den letzteren ergeben sich jedoch - wie Nipperdey¹³⁸⁾ richtig hervorhebt - aus dem Notwehrgedanken einige Besonderheiten:

Das Erfordernis der ultima ratio darf beim Abwehrkampf aus dem Notwehrgedanken¹³⁹⁾ heraus nicht in gleich strengem Sinne verstanden werden. Eine Selbsthilfe wird nur da nicht erforderlich sein, wo der Angegriffene sofortige und wirksame gerichtliche Hilfe, z. B. durch einstweilige Verfügung¹⁴⁰⁾, erlangen kann¹⁴¹⁾.

136) Vgl. dazu auch Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 151 f.

137) Vgl. dazu im einzelnen die Erörterung oben unter Z. 3. bis 9.

138) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 642 und 654; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 98 und 111 f.

139) Vgl. auch Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 151.

140) Einstweilige Verfügungen im Arbeitskampf sind zulässig; vgl. LAG München v. 16. 2. 54, RdA 1954, 359 = ARSt XII, Z. 475, 529 = WA 1954, 140 = BB 1954, 593 = Betr. 1954, 675.

141) Der Hinweis Nipperdeys, Lehrbuch, S. 654, und Festschrift für Sitzler, S. 112, daß nur bei individuellen Rechtsverletzungen der Rechtsweg beschritten werden müsse, erscheint willkürlich. Aus dem Prinzip der ultima

Nach dem bisher Gesagten darf sich ein Arbeitskampf u. a. nicht über diejenigen Grundregeln unserer Rechts- und Sozialordnung, wie des Tarifrechts, des Mitbestimmungsrechts, des Beamtenrechts usw., hinwegsetzen, die nach ihrem Sinn und Zweck kampfwises Vorgehen ausschalten wollen. Dagegen kann nun der Abwehrkampf seinem Wesen nach nicht verstoßen, denn er erstrebt niemals eine Ausschaltung dieser Rechtsgrundsätze, sondern gerade die Unterbindung der durch den rechtswidrigen Angriff erfolgten und noch andauernden Rechtsverletzung¹⁴²⁾. Er will nicht die Mißachtung, sondern die Wiedereinsetzung des bereits mißachteten Rechts. Insofern ist die These Sieberts und Nipperdeys¹⁴³⁾ „daß der Abwehrkampf schon durch das Ziel der Abwehr gerechtfertigt sei, durchaus richtig. Im einzelnen ergibt sich aus der hier vertretenen Auffassung, daß insbesondere sowohl die gegen einen betriebsverfassungswidrigen Angriff verhängte Abwehrmaßnahme als auch derjenige Kampf, der einen gegen die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages gerichteten Angriff abwehren soll¹⁴⁴⁾, sozialadäquat ist

Auch wird ein Abwehrkampf nur in selteneren Fällen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen; die Tatsache, daß sich der Angreifer einer Rechtsverletzung schuldig gemacht hat, führt notwendig zu einer anderen, im Ergebnis großzügigen Beurteilung der Frage nach der Sozialadäquanz. Die richtige Lösung wird meist nur an Hand des Einzelfalles getroffen werden können.

12. Zusammenfassung:

Der Zulässigkeit des Arbeitskampfes sind Grenzen gesteckt.

- a) Das Interessenabwägungsprinzip und damit die Sozialadäquanz kann einmal da nicht zum Zuge kommen, wo es entweder zur Erreichung des Zieles nichts beitragen kann oder seine Zuhilfenahme nicht erforderlich ist. Daraus ergibt sich:

ratio folgt zwangsläufig, daß der Rechtsweg, wenn er gegeben ist, überall, auch bei durch Kollektivakt erfolgenden Rechtsverletzungen, beschritten werden muß.

- 142) Aus dem gleichen Grunde kann ein Abwehrkampf niemals gegen eine sich aus Tarifvertrag ergebende Friedenspflicht verstoßen. Vgl. Hueck-Nipperdey-Tophoven, TVG, § 1, Anm. 70.
- 143) Siebert, SAE 1956, 21; Nipperdey, Lehrbuch, S. 654; derselbe, Festschrift für Sitzler, S. 111. Vgl. auch BAG v. 25. 1. 63, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 24.
- 144) Im übrigen konnte eine ähnliche Wirkung, wie sie durch Verhängung der kollektivrechtlichen Abwehrmaßnahme erreicht wird, stets auch durch fristlose Kündigung der Einzelarbeitsverhältnisse erreicht werden.

- aa) Der Arbeitskampf muß um die Gestaltung der Arbeitsbedingungen geführt werden.
 - bb) Der Arbeitskampf muß gegen den sozialen Gegenspieler gerichtet sein. Der politische Streik ist sozialinadäquat; noch sozialadäquat ist hingegen unter bestimmten Voraussetzungen der Sympathiearbeitskampf.
 - cc) Der Arbeitskampf muß ultima ratio sein.
- b) Da jedoch auch die allgemeinen Gesetze Bestandteil der Sozialordnung sind, können sich auch aus ihrem Sinn und Zweck Schranken für die Rechtfertigung des Arbeitskampfes ergeben:
- aa) Eine solche Schranke bringt die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung in § 49 II S. 2 BetrVG (§ 55 II S. 2 PersVG),
 - bb) die beamtenrechtliche Ordnung über die Treuepflicht (vgl. auch Art. 22 II Bayerisches Beamtengesetz) sowie
 - cc) das Tarifvertragsrecht. So darf ein Arbeitskampf nicht um ein kollektiv-rechtlich unzulässiges Ziel, insbesondere nicht um übertarifliche Arbeitsbedingungen geführt werden; auch der wilde Streik und Arbeitskämpfe, die gegen die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages (§ 5 TVG) gerichtet sind, sind sozialinadäquat. Keine unerlaubten Handlungen sind hingegen der tarifwidrige Arbeitskampf und der Arbeitskampf, der gegen § 3 III TVG verstößt.
 - dd) Die bürgerliche Rechtsordnung setzt durch das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung (§§ 242, 243 BGB) der Kampffreiheit eine Grenze. Damit wird das von Nipperdey aufgestellte Fairness-Erfordernis ersetzt.
 - ee) Ein gegen allgemein-volkswirtschaftliche Interessen verstoßender Arbeitskampf verpflichtet nicht dem Kampfgegner gegenüber zum Schadensersatz.
 - ff) Das Strafrecht vermag der durch das bürgerlich-rechtliche Institut der unzulässigen Rechtsausübung bereits eingeengten Sozialadäquanz durch den Begriff der Verwerflichkeit (§§ 240 II, 253 II StGB) praktisch keinerlei Schranken mehr zu setzen. Denn jeder strafrechtliche Tatbestand ist bereits von dem engeren Begriff des Rechtsmißbrauchs erfaßt.

§ 11

Sozialadäquanz und Tarifvertrags- und Individualarbeitsvertragsrecht

1. Sozialadäquanz und Tarifvertragsrecht:

Ist die Sozialadäquanz echter Rechtfertigungsgrund, dann schließt sie - so könnte man argumentieren - wie die Notwehr, der Notstand usw. nicht nur die Widerrechtlichkeit deliktischen Verhaltens, sondern grundsätzlich auch einer äußerlich dem Vertragsinhalt zuwiderlaufenden Handlung aus¹⁾. Der Unrechtsausschließungsgrund der Sozialadäquanz muß also sowohl den Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als auch den Eingriff in einen bestehenden Tarifvertrag rechtfertigen. Geht man davon aus, daß ein Verstoß gegen die tarifvertragliche Friedenspflicht die soziale Inadäquanz nicht begründet, so muß, weil die Rechtfertigungsgründe grundsätzlich auch im Vertragsrecht gelten, auch der "Tarifvertragsbruch" gerechtfertigt sein. Ein unmögliches Ergebnis²⁾! Der an sich naheliegende Gedankengang ist deshalb nicht richtig, weil er das Wesen der Sozialadäquanz verkennt, von welchem aus sich das Problem, weil an der Wurzel gefaßt, eigentlich ganz von selbst löst. Die arbeitskampfrechtliche Sozialadäquanz ist ein interessenabwägendes Prinzip, das in der uns bisher geläufigen Form auf der einen Seite das Interesse an einer gerechten Arbeitsordnung und auf der anderen Seite dasjenige an der Unversehrtheit des absoluten Rechts in die Waagschale legt. Ganz anders stellt sich die Frage im Falle tarifvertraglicher Bindung. Hier geht es darum, ob das Interesse an der Erlangung gerechter Arbeitsbedingungen grundsätzlich auch einen Verstoß gegen das Tarifvertragsband rechtfertigt oder ob der

- 1) Vgl. Palandt, § 275, Anm. 6; Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2. Aufl., 1958), § 275, Anm. 3, und § 276, Anm. 2; Staudinger (9. Aufl.), § 276, Anm. II., 1.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Berta gibt für die Dauer ihres Urlaubs ihren Hund Cäsar zu dem ihr bekannten Anton in entgeltliche Verwahrung. Cäsar, ein großes, bösesartiges Tier, fällt Anton an, so daß dieser ihn in "Notwehr" erschießen muß. Anton handelt weder deliktisch noch vertragswidrig, weil die Notstandssituation des § 228 BGB sowohl die Rechtswidrigkeit bei § 823 BGB als auch die Vertragswidrigkeit ausschließt.

- 2) Die neue Lehre, wonach schon die Tarifwidrigkeit die soziale Inadäquanz begründet (vgl. oben, § 10, 7. a)), kommt um diese Klippe herum, indem sie jeden gegen eine Kollektivvereinbarung verstößenden Arbeitskampf von vornherein als sozialinadäquat ansieht, so daß die vertraglichen Bindungen, weil ein Rechtfertigungsgrund nicht vorliegt, nicht berührt, geschweige denn aufgehoben werden. Daneben bleibt dann allerdings auch die Haftung nach § 823 BGB bestehen.

Grundsatz "pacta sunt servanda" die Vorrangstellung einnimmt. Der Tarifvertrag bedeutet als freiwillig eingegangene Verpflichtung stets auch die freiwillige Übernahme der Friedenspflicht, die freiwillige Beschränkung der Kampffreiheit, die sich innerlich aus der Tatsache rechtfertigt, daß in der tariflichen Vereinbarung die gerechten Arbeitsbedingungen bereits ausgehandelt sind. Aus dieser freiwilligen Entäußerung der Kampffreiheit und, weil andernfalls der Friedensfunktion des Tarifvertrages jedwede praktische Bedeutung aberkannt würde, ist es begründet, daß das Prinzip der Vertragstreue schwerer wiegt als das Kampfziel. Wo wirklich einmal wegen grundlegender Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse der einen oder der anderen Partei ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann, mag dann über das Institut der fristlosen Kündigung geholfen und die Vertragsbeendigung herbeigeführt werden³⁾. Ein Eingriff in das Tarifvertragsband jedoch ist, weil nicht erforderlich, niemals gerechtfertigt; er fällt stets aus dem Rahmen der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens heraus, so daß sich die Frage nach seiner sozialen Adäquität praktisch gar nicht stellt.

Diese Überlegungen laufen auf einen doppelspurigen Begriff der Sozialadäquanz hinaus, wie ihn ähnlich schon das Bundesarbeitsgericht im Beschluß des Großen Senats vom 28. 1. 1955⁴⁾ geprägt hat, wonach der sozialadäquate Streik weder tarifwidrig (Bruch der tariflichen Friedenspflicht) noch deliktisch-sozialinadäquat (Eingriff in die Gewerbebetriebe der Arbeitgeber nach § 823 I BGB) sein darf. Auch die Vertragswidrigkeit wird danach als ein Fall sozialer Inadäquität angesehen, und zwar durchaus zu Recht, weil der Eingriff in eine vertragliche Bindung grundsätzlich gegen unsere Sozialordnung verstößt. Aber diese soziale Inadäquität ist nicht identisch mit dem speziell auf das Deliktsrecht abgestimmten Begriff und deshalb von diesem streng zu trennen.

3) Die fristlose Kündigung wegen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse wird nur in sehr seltenen Fällen in Betracht kommen. Man muß sich darüber im klaren sein, daß nicht jede Veränderung der Konjunkturlage ein Grund zur fristlosen Kündigung sein kann. Wer ein Dauerschuldverhältnis eingeht, muß immer mit gewissen Unregelmäßigkeiten und Veränderungen rechnen. Nur dann, wenn die Schwierigkeiten unüberwindlich sind, wenn, um mit Nipperdey (Lehrbuch, S. 331) zu sprechen, "eine unvorhersehbare, grundstürzende Veränderung der beim Vertragsschluß vorausgesetzten Verhältnisse" eintritt, und wenn der einen oder anderen Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, ist ein wichtiger Grund zur Kündigung gegeben. Vgl. dazu auch Nipperdey, Lehrbuch, S. 330 f; Nikisch, Lehrbuch II, S. 352 f; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil VII B, Tarifvertragsrecht, Anm. 283; derselbe, Tarifvertragsgesetz, § 1. Anm. 296; Hueck-Nipperdey, Tarifvertragsgesetz, § 1, Anm. 29.

4) Vgl. AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1.

2. Sozialadäquanz und Individualarbeitsvertragsrecht:

a) Der Stand der Meinungen in Lehre und Rechtsprechung:

Die Frage, ob die Streikbeteiligung ohne vorherige Aufkündigung der Einzelarbeitsverhältnisse Arbeitsvertragsbruch sei, ist in Schrifttum und Rechtsprechung bis zur Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 28. 1. 1955⁵⁾ Gegenstand eines lebhaften wissenschaftlichen Streites gewesen. Durch Streikbeteiligung ohne fristgerechte Kündigung werde - so argumentierte die seinerzeit h. L. - die Hauptpflicht aus dem Arbeitsvertrag, die Arbeitsverpflichtung, widerrechtlich und schuldhaft verletzt. Demgegenüber stellte sich die Gegenmeinung, der sich dann auch das Bundesarbeitsgericht in der vorerwähnten Entscheidung angeschlossen hat, auf den Standpunkt, daß die Beteiligung an einem legitimen (= kollektivrechtlich zulässigen) Streik keine vertragswidrige Arbeitsverweigerung bedeute^{6) 7)}. In der Begründung der Entscheidung⁸⁾ schließt sich der Große Senat weit-

5) aaO.

6) Vgl. hierzu im einzelnen Bulla, Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes, Festschrift für Nipperdey, S. 165 ff, und die dort angegebenen Fundstellen; derselbe, ArbRB1, Arbeitskampf II D, II Streik; ferner BAG v. 28. 1. 55, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, Bl. 218 R, 219, und die dortigen, ebenso eingehenden Literaturnachweise. Neuerdings auch Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (3. Aufl., 1959), S. 301, und Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm. 126 ff, die dem BAG folgen; ferner Gift, RdA 1960, 167; Fabricius, RdA 1962, 94 ff; Zimmer, RdA 1962, 460 ff; Bertele, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, S. 33 ff, 104 ff; Galperin, BB 1965, 93 ff; Esser, JZ 1963, 489; Zeuner, JZ 1962, 425 ff; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 163 und 218 ff. A. A. ist Nikisch, Lehrbuch II, S. 156 ff.

7) Auf den rechtswidrigen Arbeitskampf soll dieser Grundsatz keine Anwendung finden; vgl. statt aller Köst, Arbeitsrecht, S. 212, vgl. hierzu die beachtlichen kritischen Ausführungen von Ramm, JZ 1961, 274; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 163.

8) Vgl. hierzu AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, Bl. 222, wo ausgeführt wird: Der Arbeitskampf als einheitliches Geschehen dürfe nicht kollektivrechtlich anders behandelt werden als individualrechtlich. Man dürfe es nicht bei einer angeblich nicht behebbaren Kollision zwischen Arbeitskampfrecht und Arbeitsvertragsrecht belassen. Eine Synthese sei nicht möglich. Also müsse ein Rechtskreis den Vorrang haben. Das aber sei im Hinblick auf das kollektivrechtliche Wesen des Arbeitskampfes der kollektivrechtliche, so daß die Legitimität des Streiks der Gesamttaktion ihr entscheidendes rechtliches Gepräge gebe und somit nicht nur die zum Streik auffordernde Gewerkschaft,

gehend dem Gedankengang Bullas⁹⁾ an. Nach Bulla ist der Streik eindeutig und ausschließlich Kollektivmaßnahme und als solche wesentlich verschieden von der Summe der gemeinsamen Einzelhandlungen, die ihn darstellen. Er sei ein selbstständig faßbarer Gesamttakt, nur einheitliches Kollektivhandeln der Gruppe. Dem einzelnen sei die streikweise Arbeitsniederlegung als Kollektivhandeln des Mitgliedes einer Gruppe, der er durch sein Mithandeln angehöre, nicht aber als Individualhandeln zuzurechnen. Weil dem so sei und ein Individualarbeitsvertragsbruch immer nur durch Individual- und niemals durch Kollektivhandeln begrifflich denkbar sei, liege ein Arbeitsvertragsbruch überhaupt nicht vor. Es ist also unrichtig, mit Nikisch¹⁰⁾ von einem sozialinadäquaten Arbeitsvertragsbruch zu sprechen. Richtig ist nur, daß der Streik den Rechtskreis des Einzelarbeitsvertrages störend berühren muß, weil der Streik anders nicht verwirklicht werden kann, und notwendig zu einer Verdrängung wesensfremd entgegenstehender Vertragsbindungen und damit zu einer Suspendierung der Arbeitspflicht führt¹¹⁾.

An dieser Stelle nimmt nun Bulla¹²⁾ zur Unterstützung der Begründung für die Suspendierungstheorie auch die Sozialadäquanz zu Hilfe; Dem Arbeitsverhältnis sei nach dem Prinzip der sozialen Selbstverwaltung innerhalb der Arbeitsrechtsordnung auch solche Störung durch Arbeitskampf sozial adäquat, indem die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit solchen kampfweisen Störungen rechnen mußten. Allein die Störung, die wegen Fehlens einer Individualhandlung keinen Arbeitsvertragsbruch darstellt, wird danach an den Prinzipien unserer sozialetischen Ordnung nachgemessen und als mit ihr noch vereinbar erklärt; das Interesse an der Erlangung gerechter Arbeitsbedingungen wird für so überwiegend gehalten, daß die Rechtsordnung den nicht als Vertragsbruch anzusehenden Eingriff in das Einzelarbeitsverhältnis hinnimmt.

Die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts unterscheidet sich in dem hier interessierenden Zusammenhang dadurch, daß es in seiner Hilfsbegründung das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes als vorgegebenen Anknüpfungspunkt für die Anwendung des Begriffs der Sozialadäquanz nicht voraussetzt, sondern diesen ganz allgemein und, ohne daß es des Zwischengliedes vom zweiseitig kollektiven Wesen des Arbeitskampfes noch bedürfte, als Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in einzelarbeitsvertragliche Rechte ansieht. Während bei Bulla also die Sozialadäquanz in einer Reihe von Gedankengängen nur im letzten Teilstück von Bedeu-

sondern auch die daraufhin die Arbeit niederlegenden Arbeitnehmer nicht rechtswidrig handelten.

9) Vgl. Bulla, Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes, Festschrift für Nipperdey, S. 179 ff.

10) Vgl. Nikisch, Lehrbuch II, S. 159.

11) Vgl. Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 184 ff.

12) Vgl. Bulla, aaO.

tung ist, gibt sie nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts eine selbständige und in sich geschlossene Hilfsbegründung für die Suspendierungstheorie ab. Der Große Senat hebt in seinem Beschluß vom 28.1.1955¹³⁾ darauf ab, daß seine Auffassung, wonach das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes zu einer Suspendierung der Einzelarbeitsverhältnisse führe, auch im Einklang mit dem Prinzip der sozialen Adäquanz stehe. Nach einleitenden Sätzen über den Begriff im allgemeinen führt er aus, daß das Prinzip der Sozialadäquanz in erster Linie im Strafrecht und im Privatrecht für das Gebiet der unerlaubten Handlungen gelte. Wer sich vertraglich verpflichtet habe und gegen diese Verpflichtung verstoße, könne unter Umständen widerrechtlich (vertragswidrig) handeln, auch wenn sein Verhalten allgemein noch sozialadäquat sei. Das könne aber offenbar nur dann gelten, wenn die vertragliche Verpflichtung bei einer Auslegung nach Treu und Glauben gerade dahin gehe, auch allgemein sozialadäquates Verhalten zu unterlassen. Davon könne aber bei der Vereinbarung der Arbeitspflicht keine Rede sein. Der Arbeitnehmer als Mitglied seiner Gewerkschaft habe sich freiwillig dem ordnungsgemäßen Streikbeschluß unterworfen und damit erklärt, daß er in solchem Fall sogleich die Arbeit niederlegen, also sich fügen werde. Das wisse auch der Arbeitgeber und damit müsse er rechnen. Deshalb sei es unrichtig, von Vertragsbruch zu sprechen. Bei den Arbeitgeberverbänden sei es in Bezug auf die Aussperrung genauso.

Damit löst das Bundesarbeitsgericht das Problem auf einem doppelten Wege. Der eine Weg führt über das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes ohne die von Bulla für die Suspendierung herangezogene Hilfsbegründung, der andere ausschließlich über die Sozialadäquanz, so daß sich die Lehre vom zweiseitig kollektiven Wesen des Arbeitskampfes und die Sozialadäquanz - in ihrer Wesensart voneinander gänzlich verschieden - in dem gleichen, aber auch nur in dem gleichen Ergebnis gegenseitig berühren.

b) Die eigene Stellungnahme:

Die Brauchbarkeit der Adäquanztheorie im Arbeitsvertragsrecht ist nicht unbestritten geblieben. So weist Bueckling¹⁴⁾ auf die Gefahr hin, welche ihre Anwendung in sich birgt, daß nämlich die soziale Adäquanz wegen ihres unbestimmten Inhalts im Vertragsrecht ohne Zweifel Anlaß zu sehr weit voneinander abweichenden Auslegungen gebe, wodurch die Unsicherheit im Arbeitskampfrecht kaum gemindert werden dürfte, und berührt damit einen grundlegenden Nachteil. Es ist ein äußerst schwaches Argument, allein mit Hilfe der Sozialadäquanz die Suspendierung des Einzelarbeitsverhältnisses abtun zu wollen; solche Einzelfolgerun-

13) AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, Bl. 223 R. Das BAG lehnt sich in seinen Gedankengängen eng an Hoeniger, RdA 1953, 204, an.

14) Bueckling, Zur Frage der Rechtmäßigkeit des politischen Streiks, S. 8 f.

gen lassen sich aus einem so generalklauselartigen Begriff einfach nicht ziehen. Das macht insbesondere auch die in verschiedenen Punkten angreifbare Argumentation des Bundesarbeitsgerichts deutlich: Selbst wenn nämlich jeder Arbeitsvertragspartner damit rechnet und damit rechnen muß, daß der andere als Mitglied seiner Gewerkschaft, seines Arbeitgeberverbandes an einem vom Verband ausgerufenen Arbeitskampf teilnimmt, steht damit noch nicht fest, daß er mit solchem Verhalten einverstanden ist; sein Einverständnis zur "Kampfklausel" aber wäre erforderlich, um sie zum Vertragsinhalt zu machen, weil die bloße Kenntnis oder das Kennenmüssen der Umstände eine - wenn auch nur stillschweigende - Willenserklärung nicht ersetzen kann. Im übrigen paßt die vom Bundesarbeitsgericht herangezogene Begründung überhaupt nicht für den Fall einer von einem nicht organisierten Arbeitgeber ausgerufenen Aussperrung. Nikisch¹⁵⁾ meint, daß jeder Arbeitsvertragsbruch sozialinadäquat sei, und ferner, die fristlose Aussperrung sei niemals praktiziert worden, auch die Gewerkschaften hätten niemals behauptet, daß die Verletzung der Arbeitspflicht durch die Streikenden dem Rechte gemäß sei, und die Arbeitnehmer häufig zur rechtzeitigen Kündigung vor Streikbeginn veranlaßt.

Dieser unsicheren Vorstellungen vom Inhalt der Sozialadäquanz wegen muß die Rechtfertigung der Arbeitsniederlegung und Aussperrung ohne Kündigung in der Tat auf anderen, konkreteren Überlegungen basieren, als deren einzige mit Bulla und ja auch dem Bundesarbeitsgericht der Gesichtspunkt vom zweiseitig kollektiven Wesen des Arbeitskampfes herangezogen werden kann.

Damit soll jedoch der Sozialadäquanz im Rahmen der Suspendierungstheorie noch nicht jedwede Bedeutung abgesprochen sein. Sie kann zwar nicht die Grundlage sein, welche die Entscheidung trägt und auf welcher diese sich aufbauen läßt; sie kann unter Umständen aber sehr wohl noch die geeignete Richtschnur zur Überprüfung des auf anderen rechtlichen Überlegungen beruhenden Ergebnisses abgeben und dieses Ergebnis, wenn es ihren Wertungsprinzipien klar widerspricht, negativ-destruktiv wirkend wieder aus den Angeln heben. Danach bedeutete bei der Suspendierung des Einzelarbeitsverhältnisses im Falle eines legitimen Streiks die Frage nach der Sozialadäquanz also nicht, daß eine Unterbrechung des Einzelarbeitsverhältnisses geboten sei, sondern nur, daß die Unterbrechung den geschichtlich gewordenen Gerechtigkeitsvorstellungen nicht widerspricht. Versteht man die Bedeutung der Sozialadäquanz bei der Suspendierung in dieser Beschränkung auf eine bloße Kontrollfunktion¹⁶⁾, so dürfte die von Bueckling so sehr gefürchtete

15) Vgl. Nikisch, Lehrbuch II, S. 159; derselbe, JZ 1955, 441; vgl. auch die ähnliche Kritik Krügers, BB 1955, 613.

16) Dies ist möglicherweise sogar auch die Auffassung des BAG; vgl. dazu die Formulierung, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, Bl. 223 R: "Die Auffassung des Großen Senats steht auch im Einklang mit dem Prinzip der sozialen Adäquanz . . ."

Gefahr der Rechtsunsicherheit ausgeschaltet und die Berechtigung seiner Einwendung im grundsätzlichen entfallen sein.

Die sich nun von selbst aufdringende Frage lautet: Warum bewegt sich der Arbeitskampf, der ohne vorherige Aufkündigung der Einzelarbeitsverhältnisse geführt wird, noch nicht außerhalb der geschichtlich gewordenen Gerechtigkeitsvorstellungen unserer Sozialordnung? Sicherlich hat Nikisch¹⁷⁾ recht, wenn er den Vertragsbruch und die Verletzung der Arbeitspflicht für sozialinadäquat hält. (Es sei darüber hinaus noch bemerkt, daß auch unerlaubte Handlungen sozialinadäquat sind.) Eine solche Argumentation verkennt jedoch das Problem. Denn es geht gar nicht um die Frage, ob ein Vertragsbruch (oder eine unerlaubte Handlung) sozialadäquat ist oder nicht; entscheidend ist allein, ob unsere sozioethische Ordnung unter den bestimmten Voraussetzungen den Eingriff in ein vertragliches Band (oder in ein nach § 823 BGB geschütztes, absolutes Recht) rechtfertigt und wegen dieser Rechtfertigung ein Vertragsbruch (bzw. eine unerlaubte Handlung) gar nicht vorliegt. Wenn nun auch nach der hier vertretenen Auffassung die Sozialadäquanz diese Rechtfertigung des Eingriffs in vertragliche Rechte für sich allein nicht zu bewirken vermag, so sprechen doch entscheidende Gründe dafür, daß sie wenigstens zu einer Suspendierung tendiert, ihr zumindest aber nicht entgegensteht. Der Streik erstrebt seit eh und je nicht die Lösung des Arbeitsverhältnisses, sondern im Gegenteil dessen Aufrechterhaltung zu besseren Lohn- und Arbeitsbedingungen¹⁸⁾. Darauf hat schon Bernstein¹⁹⁾ im Jahre 1906 aufmerksam gemacht: "Der Streik ward aber immer nur als eine Unterbrechung und nicht als Lösung des Arbeitsverhältnisses betrachtet. Dies ist für das Wesen des gewerblichen Streiks von grundlegender Wichtigkeit. Der Streik war und ist noch heute Einstellung der Arbeit im Sinne von Unterbrechung, nicht von Abbruch des Arbeitsverhältnisses. ... Man kann dies auch so ausdrücken, daß in der Idee der vor dem Streik eingegangene Arbeitsvertrag während des Streiks fort dauert; er ist nicht vernichtet, er ruht. Dieses Ruhen des Arbeitsvertrages entspricht dem tatsächlichen Ruhen der Arbeit, worin der Streik sich äußert. Streik heißt Einstellen der Arbeit, damit sie solange ruhe, bis der, welcher sie niederwarf, selbst sie wieder aufnimmt oder ihre Wiederaufnahme gut heißt, nicht damit ein beliebiger anderer statt seiner sie schlechtweg weiterführe. Die gewollte und normale Äußerung des Streiks ist Stillstand der Arbeit." Diesem seinsmäßig vorgegebenen Wesen des Streiks als eines immerhin rechtlich anerkannten Instituts unseres Wirtschaftssystems muß auch die Rechtsordnung irgendwie Rechnung tragen, zumal auch die Suspendierung ganz der früheren Streikpraxis entspricht, wo eine Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses vor Streikbeginn niemals erfolgt ist.

17) Vgl. oben bei Fußnote 15).

18) Vgl. ARS 4, 128.

19) Bernstein, Der Streik, S. 11 f.

c) Insbesondere die Suspendierungstheorie bei der Aussperrung:

Entsprechende Grundsätze gelten bei der Aussperrung²⁰⁾, nach dem Bundesarbeitsgericht²¹⁾ allerdings mit dem Unterschied, daß hier die durch den Kollektivakt Aussperrung bewirkte Störung der Einzelarbeitsverhältnisse nicht bloß zu deren Suspendierung, sondern sogar zu deren Beendigung führen soll. Das Bundesarbeitsgericht begründet dies damit, daß die Zulassung bloß der Suspendierung dem Grundsatz der Freiheit in der Wahl der Kampfmittel, dem Prinzip der Waffen-gleichheit, der Kampfparität widersprechen würde - denn nach Eintreten der bereits durch den Streik bewirkten Suspendierung und dem damit verbundenen Fort-fall der Lohnzahlungspflicht hätte die Arbeitgeberseite überhaupt kein Kampf-mittel mehr zur Verfügung - und daß das Risiko des Arbeitskampfes einseitig zu Gunsten der Arbeitnehmerseite erleichtert würde. Weiter sei das Kampfmittel der Aussperrung in Deutschland von jeher Lösung der Arbeitsverhältnisse gewesen, und damit wohl die Lösungswirkung sozialadäquat.

Dieser Auffassung ist eine gewisse Inkonsequenz nicht uneigen²²⁾, die sofort deut-lich wird, wenn man nicht - wie das Bundesarbeitsgericht - Angriffsstreik und Abwehraussperrung, sondern den praktisch allerdings seltenen, theoretisch aber denkbaren Fall einer Angriffsaussperrung mit nachfolgendem Abwehrstreik im Auge hat. Wenn hier die Aussperrung schon die Lösung der Einzelarbeitsverhältnisse soll herbeiführen können, wo bleibt dann für die Arbeitnehmerseite das vom Bun-desarbeitsgericht so betont geforderte paritätische Kampfmittel? Der lediglich sus-pendierend wirkende Streik ist es jedenfalls nicht. Unter diesen Umständen er-scheint es auch fraglich, ob sich die Meinung des Bundesarbeitsgerichts noch im Einklang mit den sozialetischen Vorstellungen unseres Gemeinschaftslebens be-findet. Die h. L. läßt daher die Aussperrung wahlweise mit Lösungs- und mit blo-ßer Suspendierungswirkung zu²³⁾. Brox-Rüthers²⁴⁾ lehnen die Möglichkeit der

20) Vgl. Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 189.

21) Vgl. AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 1, Bl. 225; BAG v. 25. 1. 63, BB 1963, 561 f = AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 24.

22) Vgl. auch Hessel, Das Bundesarbeitsgericht zum Arbeitskampfrecht, S. 37 ff; Nikisch, SAE 1956, 11; derselbe, Lehrbuch II, S. 164; Frey, ArbuR 1955, 231. Kritisch auch Ramm, JZ 1961, 276 f; Reuß, ArbuR 1963, 225 ff.

23) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 612; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf (3. Aufl.), S. 21 f; Rewolle in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil IX, Koalitionsrecht, Anm. 73 und 74; Köst, Arbeitsrecht, S. 202; Heimann, BB 1955, 605; Gift, RdA 1960, 167; Bulla, Festschrift für Molitor, S. 295; Heck-linger, BB 1964, 352; Mayer-Maly, AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 31, Anm. Vgl. auch Berteles, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, S. 69 ff; Galperin, BB 1965, 93 ff.

24) Arbeitskampfrecht, S. 223 ff.

Lösung des Arbeitsverhältnisses durch Streik und Aussperrung, auch wenn sie nur abwehrweise erfolgen, überhaupt ab.

3. Ergebnis:

Eine Entbindung von den Pflichten aus Tarifvertrag kann die Sozialadäquanz niemals bewirken. Auch die Suspendierung des Einzelarbeitsverhältnisses beim legitimen Arbeitskampf vermag sie für sich allein nicht zu rechtfertigen. Immerhin sprechen jedoch entscheidende Gründe dafür, daß die Sozialordnung zu einer solchen Suspendierung wenigstens hintendiert, ihr zumindest aber nicht entgegensteht. Die Suspendierungstheorie gilt auch bei der Aussperrung. Streiks und Aussperrungen sind daher wahlweise mit Lösungs- und mit bloßer Suspendierungswirkung zuzulassen.

D. SONSTIGE ERSCHEINUNGSFORMEN DER SOZIALADÄQUANZ IM ARBEITSRECHT (AUSBLICK)

1. Die Bedeutung des arbeitsrechtlichen Begriffs der Sozialadäquanz über das Arbeitskampfrecht hinaus:

Das Thema ist im arbeitsrechtlichen Teil auf das Arbeitskampfrecht beschränkt. Gleichwohl ist die Sozialadäquanz auch im Arbeitsrecht von wesentlich umfassender Bedeutung. Dies erhellt insbesondere daraus, daß es sich um ein allgemeines Prinzip handelt, dessen Geltung nicht auf ein einzelnes Rechtsgebiet beschränkt sein kann¹⁾. Deshalb soll in einem Ausblick der Versuch unternommen werden, die verschiedenen Erscheinungsformen des Begriffs im Arbeitsrecht kurz anzudeuten. An eine abschließende Behandlung der Probleme ist dabei freilich nicht gedacht. Anregung hierzu war eine Untersuchung von Bulla²⁾, der die Sozialadäquanz wohl als erster in dieser umfassenden arbeitsrechtlichen Bedeutung verstanden hat.

2. Die verschiedenen Erscheinungsformen:

Außerhalb des arbeitskampfrechtlichen Bereichs ist das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht bis in die jüngste Zeit kaum irgendwo namentlich erwähnt worden³⁾. Das mag seinen Grund darin haben, daß man es zunächst noch allzusehr im Zusammenhang mit dem Strafrecht und mit den dem Strafrecht verwandten Deliktstatbeständen der §§ 823 ff BGB gesehen hat. Trotzdem ist es dem gesamten Arbeitsrecht der Sache nach nicht neu. So verbirgt es sich hinter einer Reihe von Rechtsinstituten, die Lehre und Rechtsprechung seit der Herausbildung der neuen Arbeitsrechtsdisziplin entwickelt haben und die längst zu Bestandteilen der sozialetischen Ordnung unseres Arbeitslebens geworden sind. Die Regelung des Betriebsrisikos, der Gedanke der Betriebsgemeinschaft, die Treue- und Fürsorgspflicht sowie die daraus abgeleiteten rechtlichen Einzelfolgerungen, insbesondere die Haftungsregelung bei schadensgeneigter Arbeit⁴⁾ oder die Pflicht des

1) Vgl. oben §§ 1 - 4.

2) RdA 1962, 6 ff. Vgl. dazu kritisch Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf (3. Aufl.), S. 36.

3) Vgl. nunmehr jedoch Bulla, RdA 1962, 6 ff; Mayer-Maly, RdA 1963, 163; Galperin, BB 1965, 97.

4) Vgl. oben, § 3, 2. Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb (4. Aufl., 1962), S. 340, lehnen hier zwar den Zusammenhang zur Sozialadäquanz ab, aber immerhin erkennen sie ihn.

Arbeitgebers, für die Sicherheit von Sachen zu sorgen, die der Arbeitnehmer in den Betrieb mitgebracht hat⁵⁾, sind einige wenige Beispiele hierfür. Daß die Sozialadäquanz auch als Auslegungsgrundsatz eine wichtige Rolle spielt, wurde bereits erwähnt⁶⁾. Nach ihr bestimmen sich der wichtige Grund bei der fristlosen Kündigung, die angemessene Vergütung, die angemessene bzw. ausreichende Unterbringung und Verpflegung, der erforderliche Gefahrenschutz u. a. m. ⁷⁾

3. Insbesondere Sozialadäquanz und Kündigungsschutz:

Besondere praktische Bedeutung kommt der Sozialadäquanz im Rahmen des § 1 Kündigungsschutzgesetz bei der Ermittlung der in den Absätzen 2 und 3 umschriebenen, aber doch nur sehr allgemein gekennzeichneten Sozialwidrigkeit zu. Die dort aufgeführten, sehr unbestimmt gefaßten gesetzlichen Tatbestände bedürfen der Auslegung, die insbesondere hier mit Hilfe der Sozialadäquanz erfolgen muß. Dies deshalb, weil es sich beim Kündigungsschutz in Wahrheit um nichts anderes als "einen gesetzlich festgelegten Ausschnitt aus . . . dem Prinzip der sozialen Adäquanz" handelt⁸⁾. Die Entwicklung des Kündigungsschutzes macht dies deutlich. Der allgemeine Kündigungsschutz gegen sozialwidrige Kündigungen ist durch das Betriebsrätegesetz von 1920 geschaffen und später in die §§ 56 ff des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit eingegangen. Als mit Wirkung vom 1. 1. 1947 dieses Gesetz durch die Militärregierung aufgehoben wurde, fielen auch die Vorschriften über den Kündigungsschutz. Hueck⁹⁾ spricht in diesem Zusammenhang davon, daß eine bedauerliche Lücke in der gesetzlichen Regelung entstanden sei, und fährt fort: "Trotzdem ist der Kündigungsschutz selbst nicht beseitigt worden. Er hatte sich, wie sich rasch zeigte, seit 1920 so eingebürgert und er entspricht so sehr dem sozialen Empfinden unserer Zeit, daß er trotz Fortfalls der gesetzlichen Regelung beibehalten wurde." Diese Beibehaltung erstreckte sich nicht nur auf die amerikanische und französische Zone, wo die Landesgesetzgeber einen neuen Kündigungsschutz schufen, sondern auch auf das britisch besetzte Gebiet, wo die Rechtsprechung mit Hilfe der §§ 242, 138 BGB einen ähnlichen Schutz gewährte und in Hartefällen die Kündigung wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben und gegen die guten Sitten nichtig sein ließ¹⁰⁾. Hier war über die Sozialadäquanz dem materiellen Recht gegenüber der formalen Gesetzgebung zum Durchbruch verholffen¹¹⁾.

5) Vgl. BAG, Beschluß des GS vom 10. 11. 1961, NJW 1962, 411 ff.

6) Vgl. oben, §§ 3 und 4.

7) Vgl. auch Bulla, RdA 1962, 10.

8) Vgl. Nipperdey, Lehrbuch, S. 637 f.

9) Hueck, Lehrbuch, S. 565.

10) Vgl. Hueck, Lehrbuch, S. 566.

11) Vgl. hierzu auch Bulla, RdA 1962, 9 f.

4. Der Gedanke der Sozialadäquanz bei der Grenzziehung zwischen Kollektivmacht und Individualsphäre:

Bulla¹²⁾ mißt dem Gedanken der Sozialadäquanz auch Bedeutung zu bei der Grenzziehung zwischen Kollektivmacht und Individualsphäre, also für die Frage nach den Schranken kollektivrechtlicher Eingriffsmacht in individualrechtlich achtenswerte Positionen. Als Beispielsfälle, in denen sie als Wegweiser für eine Lösung dienen kann, zieht er hieran das Problem der kollektivrechtlich verfügbaren Nichtabtretbarkeit von Lohnansprüchen (§ 399 BGB)¹³⁾, das Problem des Abbaus übertariflicher Arbeitsbedingungen (Löhne) durch Kollektivregelung¹⁴⁾, das Problem der Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln¹⁵⁾, das Problem der sog. arbeitsvertraglichen Einheitsregelung¹⁶⁾, das Problem der rückwirkenden Tariflohnherabsetzung¹⁷⁾.

5. Die abschließende Würdigung:

Die Sozialadäquanz hat auch im gesamten Arbeitsrecht zahlreiche Erscheinungen; sie verbirgt sich hinter Rechtsinstituten, in denen man sie zunächst vielleicht nicht vermutet. Schon die wenigen aufgezeigten Bereiche ergeben ein bunt schillerndes Bild. Ihr generalklauselartiges Wesen und die Vielfalt ihrer Formen beleuchten die gesamte Problematik des Begriffs und machen deutlich, wie wenig über ihre Anwendungsmöglichkeiten und über ihre Grenzen das letzte Wort schon gesprochen ist. Die Diskussion wird weitergehen.

12) RdA 1962, 10 ff.

13) Bulla, RdA 1962, 12 f.

14) Bulla, RdA 1962, 13. Zur eigenen Meinung zu dieser Frage vgl. oben § 10, 7 c.

15) Bulla, aaO.

16) Bulla, RdA 1962, 13 f.

17) Bulla, RdA 1962, 14.

LEBENS LAUF

Am 12. Februar 1934 wurde ich als Sohn des Finanzbeamten Josef Weireter in München geboren.

Nach dem Besuch des Maximiliansgymnasiums in München studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaft an der Universität München. Ich legte im Frühjahr 1957 in München die erste juristische Staatsprüfung ab und wurde anschließend am 1. September 1957 als Rechtsreferendar in den bayerischen staatlichen Vorbereitungsdienst übernommen. Einen Teil dieses Ausbildungsabschnittes leistete ich gastweise in Freiburg i.Br. ab und belegte dabei weitere drei Semester an der dortigen Universität. Am 19. Oktober 1961 habe ich die zweite juristische Staatsprüfung bestanden.

Seit 1. Dezember 1961 bin ich im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen beschäftigt.

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

...
...
...

